

WYROK

z dnia 10 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 i 5 lipca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r. przez

**W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ”
W..... B....., 01-934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43**

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Milanówek, 05-822 Milanówek, ul. Kościuszki 45

przy udziale wykonawcy **S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM S..... Z....., 05-500 Nowa Iwiczna, ul. Krasickiego 65** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Milanówek i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B.....** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Milanówek na rzecz W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Milanówek prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Milanówek” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 16 kwietnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 074-124055. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty:

1. S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM S..... Z..... z ceną brutto 3.519.728,64 zł, z podziałem na miesięczny ryczałt w wysokości brutto 117.324,27 zł,
2. Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Spółka z o.o. z ceną brutto 5.040.000,00 zł, z podziałem na miesięczny ryczałt w wysokości brutto 168.000,00 zł,
3. EKO-Hetman Spółka z o.o. z ceną brutto 5.660.000,00 zł, z podziałem na miesięczny ryczałt w wysokości brutto 188.666,67 zł,
4. W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... z ceną brutto 7.651.584,00 zł, z podziałem na miesięczny ryczałt w wysokości brutto 255.052,80 zł.

Termin realizacji zamówienia został ustalony na okres od 1 lipca 2013 r. (lub dnia zawarcia umowy) do 31 grudnia 2015 r.

21 czerwca 2013 r. odwołujący – W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnienia lub uzupełnienia ofert, jeżeli takie wezwanie nie było

uprzednio do wykonawców kierowane, w zakresie dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a nie przedłożonych lub przedłożonych w niewłaściwej formie lub treści,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzuconie ofert niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. ofert:

3.1. S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM S..... Z..... (dalej „SIR-COM”)

a) pomimo istnienia obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu wystąpienie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niewykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu przedstawienia w złożonym wyjaśnieniu dotyczącym elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nieprawdziwych informacji, jak również udzielenia wyjaśnień w sposób rozbieżny ze zobowiązaniem wynikającym z treści „Wytycznych przyjętych do obliczenia ceny oferty” (załącznik do wezwania z 5 czerwca 2013 r.); przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych; SIR-COM w szczególności nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego poprzez niezłączenie do oferty umowy lub promesy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej „RIPOK”) na przyjmowanie odpadów komunalnych zmieszanych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, bowiem załączył jedynie umowę z RIPOK obejmującą odpady bez jakiegokolwiek dookreślenia, jakich odpadów dotyczy przedmiotowa umowa (brak załączników uniemożliwił ich identyfikację), a także nie przedstawił promesy lub umowy zawartej z RIPOK na przyjmowanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania;

3.2. Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Spółka z o.o. (dalej „MZO Pruszków”):

a) zaniechania odrzucenia oferty pomimo istnienia obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na zamieszczenie w tej ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzuceniem oferty na podstawie art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych; MZO Pruszków nie wykazał w szczególności, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego poprzez niezałączenie do oferty umowy lub promesy z RIPOK na przyjmowanie odpadów komunalnych zmieszanych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, bowiem załączył jedynie umowę z RIPOK obejmującą odpady bez jakiegokolwiek dookreślenia, jakich odpadów dotyczy przedmiotowa umowa (brak załączników uniemożliwił ich identyfikację) i nie przedstawił promesy lub umowy zawartej z RIPOK na przyjmowanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania,

c) nie wykazał sytuacji finansowej ze względu na niedostarczenie oświadczenia banku potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości min. 0,6 mln złotych, bowiem załączona do oferty opinia banku nie zawiera oświadczenia zgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3.3. EKO-Hetman Spółka z o.o. (dalej „Eko-Hetman”) ze względu na:

a) niewykazanie w sposób należyty spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez brak wskazania w „Wykazie wykonanych usług” wartości wykonanego zamówienia,

b) niewykazanie w sposób należyty posiadanego potencjału technicznego w postaci dysponowania kontenerami o pojemności 7 m³ w ilości 10 sztuk oraz kontenerami o pojemności min. 4,5 m³ w ilości 5 sztuk, Eko-Hetman ograniczył się do przedłożenia zobowiązania innego podmiotu z pominięciem wymogu zawartego w punkcie 6 ust. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego wskazania sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów, określenia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,

c) niewskazanie bazy magazynowej,

d) niezgodność oferty z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającą na przedłożeniu umowy z RIPOK zawartej z P.U. Hetman, z treści której nie wynika, wobec nieprzedstawienia załączników do umowy, czy umowa ta obejmuje odpady, których wymagał zamawiający, czyli m.in. zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone, a także niezgodność oferty z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającą na nieprzedłożeniu umowy ani promesy umowy z RIPOK-składowisko, bowiem zgodnie z uchwałą Nr 35/13 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 18 lutego 2013 r. RIPOK uprawnioną do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania są: składowisko

odpadów w m. Kludyn, gm. Stare Babice (RIPOK) należące do Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. oraz składowisko odpadów w m. Otwock-Świerk, gm. Otwock należące do Stater-Otwock Sp. z o.o.,

4. art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) zaniechanie odrzucenia oferty SIR-COM ze względu na zmieszczenie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, która to cena w toku postępowania nie została przez oferenta należycie wyjaśniona, w związku z czym oferta ta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) zaniechanie odrzucenia oferty MZO Pruszków pomimo istnienia obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na zamieszczenie w tej ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) zaniechanie wezwania MZO Pruszków do złożenia wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny złożonych przez SIR-COM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z tym przepisem,

6. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

a) jego niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu wyboru oferty SIR-COM, pomimo iż cena ofertowa budzi poważne wątpliwości czy nie jest ceną rażąco niską, a cena ta nie została przez oferenta należycie wyjaśniona,

b) zaniechanie uznania za najkorzystniejszą oferty spełniającej wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

7. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIR-COM i oferty MZO Pruszków, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferty te powinny zostać odrzucone.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez SIR-COM jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu,
3. odrzucenie ofert niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofert zawierających rażąco niską cenę,

4. odrzucenie oferty SIR-COM z uwagi na niezłożenie na wezwanie zamawiającego należytych i zgodnych z zapytaniem zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mający wpływ na wysokość ceny,
5. wybór oferty odwołującego jako oferty spełniającej wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż wykonawca SIR-COM zaproponował cenę brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia w okresie od 1 lipca 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. w wysokości 3.519.728,64 zł. Jest to cena nierealna, poniżej kosztów wykonania usługi. Potwierdzają to złożone przez SIR-COM wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, które zawierają informacje niezgodne z prawdą, niezgodne ze sztuką zawodową w kontekście posiadanych uprawnień, pomijają koszty, jakie SIR-COM musi ponieść, a także wiele czynności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz traktują powierzchownie koszty wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Wzywając oferenta do wyjaśnienia ceny zamawiający wymagał, aby wyjaśnienie było dokonane w oparciu o załączoną do wezwania tabelę (formularz „Wytyczne przyjęte do obliczenia ceny”). Wyjaśnienia oferenta nie uwzględniają danych objętych przedmiotowym formularzem, w całości abstrahuje od pozycji wskazanych w tym formularzu, co już samo w sobie stanowi niewykonanie zobowiązania zamawiającego.

W złożonych wyjaśnieniach oferent wskazuje: „zakładamy że ilość procentowa odpadów na pewno znacząco zmieni się na korzyść odpadów surowcowych”. Założenie to nie zostało poparte jakimikolwiek danymi, prognozami, czy innymi dokumentami wykazującymi zasadność takiej prognozy. Skoro podstawowe założenie, w oparciu o które oferent próbuje wyjaśnić elementy składowe zaoferowanej ceny, jest błędne, to pozostałe kalkulacje przedstawione w wyjaśnieniu też są błędne.

Zarówno w ofercie, jak i w złożonych wyjaśnieniach brak jest informacji dotyczącej kosztów sortowania odpadów, a ponieważ oferent nie legitymuje się decyzją na odzysk odpadów i nie posiada instancji do sortowania, sortowanie odpadów będzie musiał zlecić podmiotowi trzeciemu, co implikuje dodatkowe koszty, które nie zostały uwzględnione zarówno w cenie, jak i wyjaśnieniach złożonych w tym zakresie. Obowiązek sortowania odpadów wynika wprost z treści § 17 ust. 2 obowiązującego na terenie gminy Milanówek regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Milanówek (uchwała nr 231/XXII/12 z dnia 29 listopada 2012 r.): „odpady zbierane selektywnie przed skierowaniem do instalacji termicznego przekształcania odpadów, do recyklera lub na składowisko odpadów należy: (...) w przypadku odpadów opakowaniowych i surowców wtórnych poddać sortowaniu celem podczyszczenia.” Nawet odpady selektywnie zebrane od mieszkańców muszą być poddane procesom sortowania z uwagi na znajdujące się w nich zanieczyszczenia oraz ze względu na fakt, iż prawie każdy

surowiec przekazywany jest do innego recyklera (butelki pet, folie białe, folie kolorowe, opakowania po chemii gospodarczej itd.).

Złożone wyjaśnienia mają charakter lakoniczny i w stosunku do wymogów zawartych w formularzu „Wytyczne przyjęte do obliczenia ceny” są niepełne i powierzchowne.

Oferta SIR-COM podlega odrzuceniu jako oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wycena przedmiotu zamówienia dla celów porównania i oceny ofert w postępowaniu, a także zasad wypłaty wynagrodzenia umownego powinna być realna. Natomiast wycena dokonana z przyjęciem wartości przedmiotu zamówienia na poziomie najniższym, nierealistycznym, dającym wykonawcy większe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego, nie może być uznana za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Takie działanie narusza dobre obyczaje i nie zasługuje na ochronę prawną. Naruszenie dobrych obyczajów wskazuje na działanie, które stanowi pewnego rodzaju niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym rynku poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Złożenie oferty przez SIR-COM powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działaniom SIR-COM związanym z zaoferowaną ceną nie można przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowanie działań, które mają na celu eliminację konkurencji. Celem natomiast uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie jest promocja czy reklama własnych produktów, ale ich sprzedaż w celu uzyskania przychodu poprzez zawarcie odpłatnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezależnie od czynników mających wpływ na wysokość ceny, to cena zaoferowana za wykonanie danego przedmiotu zamówienia powinna pokrywać wszelkie koszty realizacji zamówienia. Tymczasem cena zaoferowana przez SIR-COM nie pokrywa w całości kosztów realizacji zamówienia. Czynem nieuczciwej konkurencji nie jest sprzedaż poniżej cen rynkowych, ale, jak wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poniżej kosztów wytworzenia. Udział w postępowaniu zakłada konkurowanie ze sobą przedsiębiorców, w tym konkurencję cenową, jednak przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mają na celu określenie

ram prowadzenia działalności gospodarczej w sposób uczciwy i zgodny z prawem oraz zasadami współżycia społecznego.

Nagannym działaniem, skutkującym odrzuceniem oferty, jest przyjmowanie sposobu kalkulacji cen przez wykonawców, który zmierza do uzyskania jak najwyższej ilości punktów w ustanowionych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, do zdobycia przewagi konkurencyjnej. Celem takiego działania nie jest konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty.

Zamawiający określił w punkcie 6. ppkt 13 opisu przedmiotu zamówienia wymóg załączenia do oferty umowy lub promesy umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. SIR-COM przedstawił w swojej ofercie umowę z 21 maja 2013 r. z P.U. Hetman Sp. z o.o., gdzie w § 1 ust. 1 umowy określone jest iż „przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa wykonywana przez Dostawcę do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz.U. z 8.01.2013 r. nr 21) Odbiorcy, odpadów o kodach, których wykaz zawarty jest w załączniku nr 1 do Umowy oraz odpadów wskazanych w załączniku nr 2 do Umowy.” SIR-COM nie załączył do swojej oferty załącznika nr 1 ani załącznika nr 2 do przedmiotowej umowy. Należy podkreślić, iż załączniki te definiują charakter i rodzaj zamówienia oraz określają rodzaj odpadów przewidzianych do odbioru.

Z treści umowy nie wynika w żaden sposób, iż przedmiotowa umowa obejmuje odpady, których wymagał zamawiający, czyli m. in. zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone. Tym samym jest sprawą oczywistą, iż w oparciu o przedłożoną umowę, bez załączników, nie można określić, czego ona w istocie dotyczy. Wobec powyższego SIR-COM nie wykazał warunku udziału w postępowaniu oraz złożona przez niego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w punkcie 6. ppkt 13 opisu przedmiotu zamówienia zawarł wymóg posiadania umowy lub promesy umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu warszawskiego na przyjmowanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, czyli umowy na RIPOK-składowisko. Status instalacji RIPOK-składowisko posiadają instalacje Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. oraz Stater-Otwock Sp. z o.o. W ofercie firmy SIR-COM brak jest umowy lub promesy umowy z RIPOK-składowisko, a tym samym oferent nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożona przez niego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji SIR-

COM powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

SIR-COM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przedstawienie zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Miasta Milanówka w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zawierającego tylko nieliczne, poboczne kody odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Głównym przedmiotem odbioru będą niesegregowane odpady komunalne o kodzie 20 03 01, które w roku 2011 i 2012 stanowiły około 78 % wszystkich odebranych odpadów komunalnych. SIR-COM nie posiada we wpisie do rejestru odpadu o kodzie 20 03 01 niesegregowane odpady komunalne. Ponadto SIR-COM nie posiada wpisu do rejestru na inne kody odpadów objęte przedmiotem zamówienia: na wszystkie odpady selektywnie zbierane z grupy 15, na odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07), na wszystkie odpady budowlane i rozbiórkowe z grupy 17, na chemikalia (15 01 04, 15 01 10) oraz opony (16 01 03).

Zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Art. 9b ust. 4 pkt 4 określa, iż w rejestrze zamieszcza się rodzaje odbieranych odpadów komunalnych. Skoro SIR-COM nie ma wpisu do rejestru na główny kod odpadu przewidziany do odbioru w ramach umowy oraz na inne kody poboczne, to nie wypełnił warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

SIR-COM nie złożył w sposób prawidłowy, zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, załącznika dotyczącego potencjału technicznego w zakresie posiadanej bazy magazynowej (załącznik nr 5 do specyfikacji). W punkcie 6. ust. 7 specyfikacji zamawiający określił, iż wymaga wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami z wykorzystaniem wzoru załącznika nr 5. W punkcie 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający podkreślił, iż „dokumenty wymagane w ofercie powinny być wypełnione przez Wykonawcę ściśle wg warunków i postanowień zawartych w treści SIWZ, bez dokonywania zmian przez Wykonawcę.” Wykonawca SIR-COM załączył do złożonej oferty załącznik nr 5 „Potencjał techniczny”, jednak nie wskazał w nim posiadania bazy magazynowej. W punkcie 5. ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że wykonawcy mają posiadać właściwie usytuowaną i wyposażoną bazę magazynową, która powinna spełniać wymagania dla bazy

magazynowo-transportowej zgodnie rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający skierował do SIR-COM wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczące m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. W wezwaniu wskazał wprost, iż z wykazu „Potencjał techniczny” załączonego do oferty SIR-COM, nie wynika, czy wykonawca dysponuje właściwie usytuowaną i wyposażoną bazą magazynową, spełniającą wymagania dla bazy magazynowo-transportowej określone w ww. rozporządzeniu Ministra Środowiska.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów, m.in. ponownego przedstawienia wykazu „Potencjał techniczny”. W odpowiedzi SIR-COM nie złożył właściwie wypełnionego załącznika, lecz ograniczył się do złożenia oświadczenia, że posiada bazy transportowe usytuowane w m. Łazy i Opacz Mała.

Oświadczenie to nie może być uznane za uzupełnienie brakujących dokumentów w zakresie, jakim był brak poprawnie wypełnionego wykazu. Poza tym zamawiający wzywał do wskazania bazy magazynowej, natomiast wykonawca wskazał bazę transportową. Próba zastąpienia obowiązku przedstawienia wykazu „Potencjał techniczny” oświadczeniem oferenta, że takim potencjałem dysponuje, nie tylko stanowi niewykonanie zobowiązania zamawiającego, ale też wyklucza możliwość dokonania merytorycznej oceny oferty przez zamawiającego.

SIR-COM nie wykazał w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykazu usług. Zamawiający wezwał oferenta do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług. W wezwaniu zamawiający wskazał, iż w „Wykazie wykonanych usług” oferent zobowiązany był podać wartość wykonanego zadania, czego nie uczynił. Zamawiający wskazał, iż z załączonych przez SIR-COM kart odbioru odpadów nie wynika wymagana przez zamawiającego ilość odpadów odebranych w ciągu jednego roku. Zamawiający wskazał w wezwaniu, iż wykonawca dołączył zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, jednak z treści załączonego dokumentu nie wynika wymagana przez zamawiającego ilość odebranych odpadów komunalnych.

W odpowiedzi SIR-COM przedstawił ponownie wypełniony załącznik wraz z dokumentami potwierdzającymi doświadczenie wskazując, że będzie polegał na doświadczeniu i wiedzy innego podmiotu, tj. P.U. Hetman Sp. z o.o. poprzez załączenie pisemnego zobowiązania P.U. Hetman do oddania do dyspozycji SIR-COM niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia. Załączone zobowiązanie nie wypełnia warunków określonych w punkcie 6. ust. 12 specyfikacji z powodu braku w nim następujących informacji: sposobu wykorzystania udostępnionych

zasobów, określenia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, ewentualnej odpłatności (wynagrodzenia za korzystanie z doświadczenia) oraz wpływu tej odpłatności na wysokość kosztów oferenta i w konsekwencji wysokość zaoferowanej ceny. Z uwagi na brak powyższych informacji zobowiązanie P.U. Hetman wobec SIR-COM jest nieważne, niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego SIR-COM nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Eko-Hetman Sp. z o.o. nie wykazał w sposób należyty spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wskazania w „Wykazie wykonanych usług” wartości wykonanego zamówienia.

Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów określając, iż dotyczy ono m.in. wykazu wykonanych usług. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, iż załączony przez Eko-Hetman wykaz wykonanych usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od osób indywidualnych i przedsiębiorstw nie zawiera wartości wykonanego zamówienia, z załączonych przez wykonawcę kart odbioru odpadów nie wynika kwota zrealizowanych świadczeń. Zamawiający zobowiązał oferenta do uzupełnienia wykazu wykonanych usług z uwzględnieniem wartości zrealizowanych umów. W odpowiedzi Eko-Hetman złożył oświadczenie, iż nie ma możliwości wskazania wartości wykonanych usług z uwagi na to, że podano masę odebranych odpadów na podstawie przedstawionych kart przekazania odpadów. Wskazał również, iż nie może odnieść kwotowych wartości usług do ilości odpadów na kartach przekazania odpadów, które załączył oraz z uwagi na dużą liczbę obsługiwanych podmiotów nie jest możliwe uzyskanie poświadczeń od każdego z nich, w związku z czym przedłożył oświadczenie. Zastąpienie wykazu oświadczeniem stanowi niewykonanie zobowiązania zamawiającego i wyklucza możliwość dokonania merytorycznej oceny oferty przez zamawiającego.

Eko-Hetman nie wykazał również w sposób należyty posiadania potencjału technicznego w postaci dysponowania kontenerami o pojemności 7 m³ w ilości 10 sztuk oraz kontenerami o pojemności min. 4,5 m³ w ilości 5 sztuk. Wykonawca wykazał w ofercie, iż będzie w tym zakresie bazował na zobowiązaniu innego podmiotu do udostępnienia potencjału i załączył do złożonej oferty zobowiązanie P.U. Hetman do udostępnienia na czas realizacji zlecenia potencjału technicznego, tj. kontenerów o pojemności 7 m³ w ilości 10 sztuk oraz kontenerów o pojemności 4,5 m³ w ilości 5 sztuk. Załączone zobowiązanie nie zawiera jednak informacji, których wymagał zamawiający w punkcie 6. ust. 12 specyfikacji, tj. sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów, określenia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy

wykonaniu zamówienia, ewentualnej odpłatności (wynagrodzenia za udostępnienie kontenerów) oraz wpływu tej odpłatności na wysokość kosztów oferenta i w konsekwencji wysokość zaoferowanej ceny.

Eko-Hetman został wezwany przez zamawiającego do ponownego przedstawienia wykazu „Potencjał techniczny” z powodu braku wykazania w pierwotnym załączniku bazy magazynowej. Przedstawiając nowy załącznik „Potencjał techniczny” wykonawca pominął kwestię wykazania dysponowania kontenerami o pojemności 7 m³ w ilości 10 sztuk. Oferta Eko-Hetman jest niezgodna z wymaganiami określonymi w punkcie 6. ust. 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferent nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W punkcie 6. ppkt 13 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł wymóg załączenia do oferty umowy lub promesy umowy z RIPOK dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Eko-Hetman, w związku z tym, iż nie załączył przedmiotowych umów z instalacją RIPOK dla regionu warszawskiego na wskazane w specyfikacji odpady, został wezwany do uzupełnienia tych dokumentów. W odpowiedzi przedłożył umowę z 22 maja 2013 r. zawartą z RIPOK P.U. Hetman, w której w §1 ust. 1 umowy określone jest iż „przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa wykonywana przez Dostawcę do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz.U. z 8.01.2013 r. nr 21) Odbiorcy, odpadów o kodach, których wykaz zawarty jest w załączniku nr 1 do Umowy oraz odpadów wskazanych w załączniku nr 2 do Umowy.” Eko-Hetman przekazał zamawiającemu przedmiotową umowę bez ww. załączników, które precyzują przedmiot umowy i wskazują, jakie odpady objęte są odbiorem przez RIPOK. Z treści umowy nie wynika, iż obejmuje ona odpady, których wymagał zamawiający, czyli zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone.

Dodatkowo przedstawiając umowę z RIPOK należącym do P.U. Hetman wykonawca nie mógł wypełnić warunku w postaci przedstawienia umowy z RIPOK na pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania, gdyż instalacją RIPOK uprawnioną do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania są instalacje należące do Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. oraz do Stater-Otwork Sp. z o.o.

W ofercie Eko-Hetman oraz w złożonym przez Eko-Hetman uzupełnieniu brak jest umowy lub promesy umowy z RIPOK-składowisko, w związku z czym należy stwierdzić, iż oferent nie wykazał warunków udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta nie odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

MZO Pruszków nie wykazało w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wypełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wylegitymowaniu się posiadaniem odpowiedniego potencjału technicznego wymaganego do realizacji zamówienia w zakresie posiadania bazy magazynowej. MZO Pruszków załączyło do oferty wypełniony załącznik nr 5 do specyfikacji bez wskazania w nim bazy magazynowej.

Zamawiający wezwał MZO Pruszków do uzupełnienia wykazu „Potencjał techniczny” wskazując, iż z przedstawionego nie wynika, czy wykonawca dysponuje właściwie usytuowaną i wyposażoną bazą magazynową. MZO Pruszków w odpowiedzi złożył „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia”, który został złożony na innym druku, niż wymagał zamawiający – zamawiający wymagał wykazania potencjału technicznego na druku będącym załącznikiem nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca przedstawił swój własny druk, którego forma i treść nie była tożsama z drukiem zamawiającego. W punkcie 11. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał sposób przygotowania oferty zaznaczając, iż „dokumenty wymagane w ofercie powinny być wypełnione przez Wykonawcę ściśle wg warunków i postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bez dokonywania zmian przez Wykonawcę”. Zamawiający zaznaczył również, iż oferta, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zostanie odrzucona. Przedstawienie potencjału technicznego na innym druku, niż wymagał tego zamawiający, skutkuje niezgodnością oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego zamawiający powinien odrzucić ofertę MZO Pruszków na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta MZO Pruszków zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należyta staranność po stronie zamawiającego nakazywałaby żądać złożenia wyjaśnień przez oferenta. Zamawiający zaniechał wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z danymi dotyczącymi ilości odpadów powstających na terenie gminy Milanówek wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia, szacowana ilość odpadów komunalnych przeznaczonych do odebrania i zagospodarowania w okresie umowy wyniesie ok. 14.441 Mg, z czego ok. 79%, tj. 11.409 Mg/rok, mają stanowić zmieszane odpady komunalne (20 03 01). Zamawiający wskazał, że prognozuje się wzrost liczby mieszkańców o ok. 3%, zatem ilość zmieszanych odpadów komunalnych wzrośnie do 11.750 Mg/rok. Na terenie gminy Milanówek w latach 2011 i 2012 prowadzony był program bezpłatnej dla mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów z gospodarstw domowych obejmującej nieruchomości jednorodzinne i wielorodzinne. Zatem proporcje udziału zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zbieranych selektywnie nie ulegną zmianom.

Największym elementem cenotwórczym są koszty związane z zagospodarowaniem zmieszanych odpadów komunalnych. Koszty te są dla odwoływającego i MZO Pruszków zbliżone, gdyż odwoływający dysponuje instalacją RIPOK dla zmieszanych odpadów, a MZO Pruszków zawarł z odwoływającym umowę na dostarczanie odpadów zmieszanych do instalacji RIPOK odwoływającego. Zatem koszty MZO Pruszków w tym zakresie będą wyższe niż odwoływającego. MZO Pruszków posiada wyłącznie jedną umowę na odbiór zmieszanych odpadów komunalnych, zawartą z odwoływającym, w której ustalono cenę netto za 1 Mg w kwocie 390,00 zł, to jest brutto 421,20 zł. Jeśli zatem nawet przyjąć, że nie nastąpi wzrost ilości odpadów i utrzyma się poziom w wysokości 11.409 Mg, to tylko zagospodarowanie (bez odbioru) zmieszanych odpadów komunalnych będzie MZO Pruszków kosztowało łącznie netto 4.449.341 zł, to jest brutto 4.805.288,00 zł, przy czym jest to kwota jedynie o 234.711,00 zł niższa, niż cena zaoferowana przez MZO Pruszków. Co więcej obejmuje ona tylko zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych. Do odbioru i zagospodarowania pozostają odpady komunalne zbierane selektywnie, w tym meble i odpady wielkogabarytowe, odpady budowlane i rozbiórkowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony oraz opakowania ulegające biodegradacji i odpady zielone oraz odzież i tekstylia, chemikalia, opakowania po środkach ochrony roślin, środkach medycznych i farbach, świetlówki. Koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny są kolejnym elementem kosztotwórczym. Mówi się niekiedy, że w tym przypadku można otrzymać zysk w przypadku pozyskania przychodów ze sprzedaży surowców wtórnych, jednak aby pozyskać te przychody, trzeba ponieść dodatkowe koszty związane z procesem sortowania, na które składają się m.in. koszty pracy instalacji do sortowania odpadów oraz dodatkowe koszty pracownicze. Odwoływający i MZO Pruszków posiadają instalacje do sortowania odpadów selektywnych. Odwoływający odzyskuje więcej surowców wtórnych z odpadów poddawanych procesom segregacji niż MZO Pruszków, więc mógłby uzyskać większe przychody z tytułu sprzedaży surowców wtórnych, a mimo to odwoływający nie mógł zaoferować tak niskiej ceny jak MZO Pruszków. Dodatkowo znaczna część odpadów zbieranych selektywnie, takich jak odpady zielone, wielkogabarytowe, budowlane i rozbiórkowe stanowi tylko koszt dla wykonawców, gdyż wymaga przetworzenia, a ich utylizacja z reguły jest odpłatna. Ważnym elementem cenotwórczym będą odpady pochodzące z PSZOK, takie jak opony, opakowania ulegające biodegradacji, odpady zielone oraz odzież i tekstylia, chemikalia, opakowania po środkach ochrony roślin, środkach medycznych, farbach, świetlówki, których koszt zagospodarowania jest znaczny jako tzw. odpadów problematycznych. Minimalne koszty związane z wykonaniem usługi odbioru zmieszanych odpadów komunalnych przy założeniu poziomu 4.563 Mg/rok wyniosą w okresie wykonywania zamówienia ok. 889.868,00 zł brutto (miesięczny koszt brutto odbioru tych odpadów przy średnim koszcie odbioru jednej tony ok. 78 zł wynosi ok. 29.662,00 zł).

Zatem same koszty wykonania zamówienia tylko w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych wyniosą ok. 5.695.157,00 zł brutto. Kwota ta obejmuje jedynie 79% całego zamówienia, a jest już wyższa o ok. 650.000,00 zł od zaoferowanej. Minimalne koszty odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych przy założeniu, że będą stanowiły ok. 13% wszystkich odpadów, wyniesie 172.717,00 zł brutto. Natomiast koszt odbioru odpadów zielonych w okresie umowy wyniesie 80.768,00 zł. Kalkulacja nie uwzględnia kosztów odbioru odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Można zatem skonstatować, iż niedobór środków finansowych osiągnie pułap ok. 908.642,00 zł brutto, co oznacza, że różnica pomiędzy oferowaną ceną, a samymi kosztami wykonania zamówienia bez uwzględnienia marży wyniesie 15%. Dodatkowo należy uwzględnić jeszcze koszty odpadów selektywnie zbieranych, takich jak odpady wielkogabarytowe, zielone, budowlane i rozbiórkowe, koszty odbioru odpadów niebezpiecznych.

Oferta MZO Pruszków stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oferta MZO Pruszków jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający żądał dołączenia do oferty jako dokumentu potwierdzającego, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu, umowy lub promesy umowy z RIPOK dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odbieranych od właścicieli zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), odpadów zielonych (20 02 01) oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Zatem umowa lub promesa, której żąda zamawiający, na mocy której wykonawca nabędzie prawo przekazywania do odzysku lub unieszkodliwienia wszystkich rodzajów odpadów, o których mowa w art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy, stanowi warunek udziału w postępowaniu. Warunek ten jest spełniony, gdy wykonawca przedstawi do oferty umowę lub promesę zawarcia umowy, względnie kilka umów lub promes z RIPOK, jednakże muszą one obejmować swoim zakresem przedmiotowym określone rodzaje odpadów.

MZO Pruszków przedstawiło wraz z ofertą umowę zawartą z odwołującym, która otrzymała status RIPOK MBP dla regionu warszawskiego. Umowa zawiera zobowiązanie do przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. MZO Pruszków nie przedstawił natomiast w swojej ofercie umowy z instalacją RIPOK uprawnioną do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, co powoduje, że nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Przedstawiając umowę z RIPOK odwołującego MZO Pruszków nie mógł wypełnić warunku udziału w postępowaniu w postaci przedstawienia umowy z RIPOK uprawnionym do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, gdyż uprawnione do ww. rodzajów odpadów są tylko instalacje należące do Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. oraz do Sater-Otwock Sp. z o.o. W ofercie MZO Pruszków brak jest umowy lub promesy umowy z ww. instalacjami.

MZO Pruszków dysponuje własnym składowiskiem odpadów komunalnych, jednak o statusie instalacji zastępczej, a więc nie może ono przyjmować żadnych odpadów przeznaczonych dla RIPOK- składowisko do chwili, kiedy moce przerobowe RIPOK nie zostaną wyczerpane lub RIPOK przestanie przyjmować odpady ze względu na awarię.

Kolejną przesłanką wykluczenia MZO Pruszków z postępowania jest niewykazanie sytuacji finansowej zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W punkcie 5. ppkt 4. specyfikacji zamawiający określił, iż w zakresie sytuacji finansowej wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że posiada informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych na wysokość min. 0,6 mln zł lub zdolność kredytową na wysokość min. 0,6 mln zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z punktem 6. ppkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli dostarczyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wyraźnie wskazał, że informacja ta powinna zawierać bądź wyraźne stwierdzenia określające wysokość posiadanych środków na koncie, bądź określenie poziomu zdolności kredytowej. W tym zakresie informacja z banku nie może budzić wątpliwości, co do tego, że wykonawca posiada oczekiwaną przez zamawiającego sytuację finansową, która stanowi warunek uczestniczenia przez wykonawcę w postępowaniu. Na podstawie opinii banku zamawiający musi w sposób jednoznaczny móc określić, że warunek został spełniony. Skoro warunek jest wobec wszystkich wykonawców jednakowy, musi on być jednakowo weryfikowany wobec wszystkich wykonawców na zasadzie spełnia/nie spełnia.

W opinii bankowej przedstawionej przez MZO Pruszków takie stwierdzenie i informacje nie zostały zamieszczone. Z treści opinii bankowej wystawionej przez BPH wynika, że średnie miesięczne obroty na rachunku bieżącym w walucie PLN liczone za ostatnie trzy miesiące wyrażają się kwota siedmiocyfrową, a MZO Pruszków posiada przyznane finansowanie w kwocie nie mniejszej niż 2 mln PLN. Żadna z przytoczonych informacji nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do treści informacji, która miała zostać przedstawiona przez bank i załączona do oferty. Obroty na koncie nie potwierdzają konkretnej kwoty, która znajduje się na rachunku bankowym w dniu wydania opinii przez bank.

Z opinii banku wynika, że MZO Pruszków ma już przyznane finansowanie w kwocie nie mniejszej niż 2 mln PLN. Oznacza to, że ocena zdolności finansowej została dokonana w przeszłości i środki zostały przyznane. Mogły być one już wykorzystane jako kredyt, pożyczka, zabezpieczenie etc. Opinia nie zawiera informacji, kiedy finansowanie zostało przyznane, czy środki zostały wykorzystane i w jakiej wysokości. Z pewnością przyznane już finansowanie wpływa na zdolność kredytową MZO Pruszków. Przyznanie finansowania w przeszłości nie oznacza, że w dniu wystawienia opinii MZO Pruszków ma zdolność kredytową. Zdolność kredytowa ma granice i przyznanie środków finansowych wyczerpuje zdolność kredytową. Wartość przyznanego finansowania z pewnością wpływa na możliwość otrzymania dalszego finansowania. Zdolność kredytowa MZO Pruszków po przyznaniu środków finansowych nie była badana przez bank na potrzeby przedmiotowego postępowania. Bank w żaden sposób nie potwierdza, że MZO Pruszków posiada dalszą zdolność kredytową w dniu wystawienia opinii. Zatem MZO Pruszków nie przedstawiło opinii bankowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na wysokość min. 0,6 mln zł.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji stwierdził, iż odwołujący musi wykazać, że działanie ma na celu eliminację konkurencji z rynku. Odwołujący ma opanowaną dużą część rynku regionu warszawskiego, zatem w obecnej sytuacji to mniejszy wykonawca konkuruje z potentatem. Zdaniem zamawiającego różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert są efektem działającej konkurencji.

Z informacji z innych gmin wynika, że ceny, jakie uzyskał w postępowaniu, są porównywalne z innymi gminami o podobnym charakterze, zatem uznał, iż rażąco niska cena nie wystąpiła. Cena zaoferowana przez SIR-COM w przeliczeniu na 1 mieszkańca Milanówka to 7,45 zł brutto na osobę. Ceny są wyższe w miejscowościach większych i o innym charakterze zabudowy, Milanówek ma zabudowę uporządkowaną i zwartą.

W Milanówku został przewidziany workowy system gromadzenia odpadów, kontenery będą ustawiane jedynie w nieruchomościach wielorodzinnych, a zakup i ustawienie kontenerów nie należy do wykonawcy. Część obowiązków dotyczących pojemników ma zrealizować wykonawca (przeterminowane leki, zużyte świetlówki i baterie), a resztę gmina, zatem cena tych pojemników nie miała być uwzględniona w cenie. Również w zakresie kontenerów PSZOK wykonawca ma zapewnić kontenery tylko w tym zakresie, który jego dotyczy.

Koszty zużycia paliwa zależą od wielu czynników, rodzaju pojazdów, sposobu jazdy, korków. Koszt przejazdu przez Milanówek jest mniejszy niż w Warszawie, w której jest wzmożony ruch drogowy.

Zamawiający przewidział cenę ryczałtową, przy której nie powinno się kwestionować braku pojedynczego elementu, gdyż jest to niezgodne z prawem.

Odwołujący nie wykazał, jakie są ceny skupu innego rodzaju papieru. Ceny, które wykazał w swoich fakturach odwołujący to ceny, które on uzyskuje, powinien więc udowodnić, że nie ma możliwości uzyskania innej ceny. Umowy na odbiór odpadów zawierane są pomiędzy podmiotami prywatnymi, które mogą dowolnie ustanawiać ceny. Kody z przedstawionych przez przystępującego faktur dotyczą odpadów wymienionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Instalacja odwołującego jest nowoczesna, ale i kosztowna, więc aby się zwróciła, wykonawca musi mieć wysokie ceny.

W wezwaniu do wyjaśnień zamawiający wskazał na elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny. Zamawiający nie zobowiązał wykonawcy do przedstawienia tak szczegółowej kalkulacji kosztów.

SIR-COM świadczy usługi w sąsiedniej gminie Brwinów, zatem może kumulować koszty. Poza tym w trakcie wykonywania umowy wykonawca może zmienić instalację, do której będzie dostarczał odpady, zatem koszty transportu do instalacji prowadzonej przez P.U. HETMAN mogą być inne.

Co do RIPOK – zamawiający wymagał umowy lub promesy, ale dokumenty te nie są objęte rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów..., więc jeśli wykonawca ich nie przedstawił, nie można zastosować w stosunku do niego sankcji. Zamawiający wymagał nie tylko umowy, ale i promesy, która nie musi mieć wszystkich elementów, jakie ma umowa, zatem w stosunku do umowy wymagania nie powinny być wyższe. W odpowiedzi na pytanie 3. z 16 maja 2013 r. zamawiający wskazał, iż obowiązek dotyczący umowy z RIPOK będzie wyegzekwowany na etapie realizacji umowy. Również umowa dotycząca RIPOK-składowiska będzie sprawdzana na etapie realizacji.

Co do brakujących kodów w rejestrze stwierdził, iż złożony przez SIR-COM wniosek o wpis do rejestru z 2 kwietnia 2013 r. obejmuje więcej kodów niż zaświadczenie, które jest błędne. 1 lipca 2013 r. wydał nowe zaświadczenie wskazujące również na kod 20 03 01. Wykonawca nie musi wykazywać wpisu do rejestru na dzień składania oferty, lecz zawarcia umowy i realizacji zamówienia.

Co do bazy magazynowej – o spełnieniu warunku decyduje treść, a nie forma dokumentu, nie ma znaczenia, że jest to oświadczenie. Wymogi co do bazy zostały zawarte w rozporządzeniu Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. gdzie w § 2 wskazano na warunki, jakie ma spełniać baza oraz, iż część transportowa i magazynowa mogą znajdować się w dwóch różnych miejscach. W odpowiedzi na pytanie 9. z 16 maja 2013 r. zamawiający wskazał, iż będzie polegał na załączniku do oferty, a weryfikował bazę na etapie realizacji

umowy. Baza magazynowa została potwierdzona w ofercie, natomiast transportowa po wezwaniu.

Również co do wykazu świadczeń forma nie jest istotnym błędem, z treści dokumentu ma wynikać wartość odpadów, w uzupełnieniu wartości zostały podane, Poza tym warunek został tak sformułowany, iż odnosi się do ilości, a wartość wskazano w punkcie dotyczącym dokumentów, zatem jest to rozbieżność specyfikacji, która nie może obciążać wykonawcy.

Co do wykonawcy EKO-HETMAN – w wyjaśnieniach wykazał on ilości zgodne z wymaganymi.

Co do kontenerów – zamawiający informacje potraktował całościowo, gdyż do oferty została załączona informacja o kontenerach i w tym zakresie wykonawca nie był wzywany do uzupełnienia. Forma informacji nie ma znaczenia.

Co do umowy dotyczącej RIPOK, to promesa pewnie też nie wskazywałaby kodów odpadów.

Co do oferty MZO Pruszków – oświadczenie dotyczące bazy jest takie, jakiego oczekiwał. Z informacji z BPH wynika, że spółka ma przyznane finansowanie w wysokości 2 mln zł, co wg niego jest równoznaczne ze zdolnością kredytową. Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do banku o wyjaśnienie treści opinii bankowej i uzyskał taką odpowiedź z banku.

Cena oferty MZO to 74% wartości szacunkowej zamówienia.

Według deklaracji 90% mieszkańców będzie segregować odpady.

Zgodnie z przedstawionym przez niego sprawozdaniem Burmistrza Milanówka z gospodarowania odpadami komunalnymi za rok 2012 wynika, że poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych podlegających biodegradacji to 21,28 %, natomiast poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła to 47,1%.

Zamawiający nie posiada informacji na temat stosunku odpadów segregowanych i niesegregowanych, dane zawarte są w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma również danych, w jakim stopniu zanieczyszczone były odpady surowcowe. Mieszkańcy będą wyrzucali więcej odpadów segregowanych niż niesegregowanych.

Odwolujący niewłaściwie interpretuje odpowiedź na pytanie 3. i 5. – obowiązek w zakresie umowy z RIPOK będzie egzekwowany na etapie umowy.

§ 1 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... mówi o opisie, nie musi to być umowa, zatem oświadczenie wykonawcy było wystarczające. Wykonawca nie został w tym zakresie wezwany do uzupełnienia. Przystępujący jest właścicielem baz, zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania podanej przez niego informacji. W odpowiedzi na pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że będzie polegał na załączniku do oferty.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił S..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy stronami.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez S..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM S..... Z..... Izba stwierdziła, co następuje.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut wskazania w ofercie rażąco niskiej ceny, a zamawiający ocenił wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób nieprawidłowy.

Przystępujący zaoferował cenę brutto w wysokości 3.519.728,64 zł, z podziałem na miesięczny ryczałt w wysokości brutto 117.324,27 zł.

Zdaniem Izby wysokość zaoferowanej ceny nie gwarantuje pokrycia kosztów realizacji usługi w okresie do 31 grudnia 2015 r.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, a następnie podczas rozprawy wskazał na dwie istotne pod względem kosztotwórczym okoliczności związane z zagospodarowaniem odpadów – po pierwsze przyjął w kalkulacji założenie, że wśród odpadów zebranych ok. 40% stanowiły będą odpady selektywnie zebrane, po drugie, iż osiągnie zysk ze sprzedaży tych odpadów w wysokości za tonę: 1300 zł plastik pet, 900 zł inne tworzywa sztuczne, 200 zł folia, 300 zł karton, 110 zł szkło, 300 zł elektronika i AGD, co daje łącznie 2.282.998 zł netto zysku.

Przystępujący wskazał też, iż koszt przyjęcia przez P.U. Hetman Sp. z o.o. tony odpadów zmieszanych kształtuje się na poziomie 250 zł, dodatkowo posiada też umowę z RIPOK prowadzoną przez spółkę Remondis, z ceną 240 zł, jednak na niewielką ilość odpadów. Oświadczył, iż w swojej kalkulacji założył 10% wzrost tej ceny.

Zdaniem Izby założenia te nie obejmują realnych kosztów, które będzie musiał ponieść przystępujący oraz wskazują na zyski, które nie są zagwarantowane. Należy bowiem podkreślić, iż cena oferty nie może się odnosić wyłącznie do stanu, który istniał w chwili

przygotowywania czy złożenia oferty, czy też stanu wcześniejszego, lecz musi obejmować okres, przez który będzie obowiązywała umowa.

Jest faktem powszechnie wiadomym w środowisku podmiotów zajmujących się odbiorem odpadów, wielokrotnie przed Izbą wskazywanym i podkreślanym podczas kolejnych rozpraw i przez wykonawców, i przez zamawiających (gminy), że ze względu na głębokie zmiany w systemie odbioru i zagospodarowania odpadów, które zostały wprowadzone od 1 lipca 2013 r., obecnie nie można podać żadnych konkretnych danych statystycznych ani miarodajnych prognoz, na których można opierać sąd, w jaki sposób sytuacja na tym rynku będzie się kształtowała. Dlatego wszelkie szacunki w swoim optymizmie muszą być bardzo ostrożne. Jak wynika z przykładu niedawnej sytuacji na rynku robót budowlanych, zwłaszcza drogowych, wieloletnie doświadczenie w branży nie jest w stanie uchronić wykonawcy (i inwestycji) przed przykrymi konsekwencjami zbyt nierealnie szacowanych cen ofert. Nie można też pozwolić, aby sytuacja taka powtórzyła się na rynku odpadów.

W szczególności niemożność prognozowania dotyczy stosunku ilości odpadów zmieszanych do zbieranych selektywnie. Gminy w tym zakresie w swoich specyfikacjach istotnych warunków zamówienia przyjmują bardzo ostrożne założenia, podobnie zrobił też zamawiający.

Również dotychczasowa statystyka z roku 2011 i 2012 podana przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 2. z 22 maja 2013 r. wskazuje, że zmieszanych odpadów komunalnych było ok. 82% w roku 2011 i ok. 84% w roku 2012. Ze względu na objęcie wszystkich mieszkańców obowiązkiem segregacji odpadów, procent odpadów surowcowych może wzrosnąć, jednak nikt nie jest w stanie przewidzieć, o ile.

Nawet jeśli w gminie Brwinów, na którą powoływał się przystępujący, współczynnik segregacji oscyluje w granicach 40-50%, choć dane te były kwestionowane i nie są to oficjalne dane tej gminy, która na swoje potrzeby przyjęła znacznie niższe szacunki – nie przekraczające 20%, nie oznacza to, że taki wynik można osiągnąć w Milanówku, wyłącznie na podstawie bliskiego sąsiedztwa.

Należy też zwrócić uwagę, iż wzrost ilości odpadów kwalifikowanych jako selektywnie zebrane, nie musi oznaczać jednocześnie wzrostu ich jakości – wcześniej odpady segregowane były głównie przez osoby tym zainteresowane, a więc przykładające wagę do ich jakości, przymus segregacji może spowodować, iż w odpadach zbieranych selektywnie znajdzie się więcej zanieczyszczeń. Z kolei odpady zebrane selektywnie posiadające powyżej 50% zanieczyszczeń uznaje się za odpady zmieszane, a więc podlegające zagospodarowaniu przez RIPOK za opłatą. Wykonawcy natomiast przysługuje miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za całość usługi (bez podziału na odpady zmieszane i surowcowe), nie uzyska więc od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za inną niż spodziewana jakość odpadów (§ 4 wzoru umowy). Nie każdy też odpad będący papierem, plastikiem itd. będzie mógł się znaleźć w workach na odpady segregowane i nie każdy będzie

nadawał się do recyklingu (np. niektóre rodzaje papieru, papier zabrudzony, nasączony, zatłuszczony).

Wątpliwości budzi również kwestia sprzedaży odpadów. Przystępujący wskazał na bardzo wysokie ceny, jakie uzyskał w przeszłości za dane odpady. Jednak – tu trzeba przyznać rację odwołującemu – kody odpadów wskazane na przedstawionych na dowód fakturach świadczą o tym, iż były to odpady surowcowe wysokiej jakości, a nie zmieszane surowcowe odbierane od mieszkańców. Nieprawdopodobne jest, by przystępujący uzyskał takie ceny za odpady surowcowe niesegregowane i niepodczyszczane w workach (a na taką sprzedaż przystępujący wskazywał). Jak wykazywał odwołujący część recyklerów ma wysokie wymagania w stosunku do kupowanych przez siebie odpadów.

Poza tym przystępujący wskazał na pojedyncze potwierdzające dany zysk faktury, jednak kalkulacja zakłada, iż osiągnie taki zysk za comiesięczną sprzedaż, czego już nie był w stanie potwierdzić w dalszych wyjaśnieniach. Tymczasem to nie pojedyncza sprzedaż tony lub kilku ton odpadów, lecz całościowa sprzedaż odpadów surowcowych po podanych cenach miała zapewnić wykonawcy zysk (w kalkulacji zakładał on sprzedaż 846,6 ton pet, 423 ton tworzyw, 141,1 ton folii, 1.411 ton szkła, 282,2 tony metali, 225 ton elektroniki).

Przystępujący takie wysokie ceny uzyskał – być może jednorazowo, gdyż kolejne faktury opiewały już na znacznie niższe kwoty – w przeszłości, natomiast nie ma zawartej umowy gwarantującej mu zakup owych odpadów w przyszłości za jakakolwiek cenę (a usługa była wyceniana na przyszłe 30 miesięcy). Co więcej, należy też wziąć pod uwagę, iż zwiększona ilość odpadów surowcowych na rynku, zgodnie z rządzącymi rynkiem prawami (prawo popytu i podaży) z jednej strony prawdopodobnie spowoduje spadek ich cen, z drugiej zwiększenie wymagań odbiorców co do ich jakości. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę, że mając możliwość wyboru, recyklerzy będą preferowali odpady już posortowane oraz o określonej jakości papieru, plastiku, szkła czy metalu, a nie odbierane prosto z gospodarstw domowych. Może wręcz okazać się, że rynek, choćby przejściowo, tak nasyci się odpadami surowcowymi, iż konieczne będzie albo ich magazynowanie, albo oddanie za opłatą, albo choćby korzystanie z usług sortowni – czego przystępujący nie przewidział w kosztach.

Zatem, zdaniem Izby, założenia przystępującego co do sprzedaży odpadów surowcowych są nierealne.

Również w kwestii zagospodarowania odpadów komunalnych przystępujący nie wziął w kalkulacji pod uwagę wszystkich okoliczności, które mogą zaistnieć podczas realizacji umowy.

Złożył on bowiem, jak wynika z jego wyjaśnień, iż będzie musiał zagospodarować 8.467,5 tony odpadów zmieszanych w ciągu 30 miesięcy obowiązywania umowy.

Z danych przedstawionych przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 2. z 22 maja 2013 r. wynika, iż w samym roku 2011 i 2012 w gminie zebrano 9.062 tony odpadów zmieszanych, przy tym w roku 2012 o prawie 300 ton więcej niż w 2011.

Przystępujący zaś założył, iż ilość odpadów zmieszanych w następnych latach zmniejszy się o 2265 ton. Trudno znaleźć realne podstawy, na których można oprzeć tę prognozę.

Przystępujący założył też opłatę za usługi RIPOK w wysokości 250 zł z ewentualną 10% podwyżką, tj. maksymalnie 275 zł. Nie wziął jednak pod uwagę lub nie miał takiej wiedzy, iż P.U. Hetman Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o. na rynku warszawskim mają obecnie najniższe opłaty za swoje usługi, a co za tym idzie, należy spodziewać się dużego zainteresowania ich usługami wykonawców, którzy będą obsługiwać inne gminy regionu warszawskiego. Tym samym najprawdopodobniej ich moce przerobowe wyczerpią się jako pierwsze i wykonawcy, pomimo zawartych umów, będą musieli korzystać z usług innych RIPOK-ów przypisanych do regionu warszawskiego, a które to RIPOKI mają już obecnie ceny przekraczające 300 zł za tonę odpadów (według danych podanych przez odwołującego, nie kwestionowanych, MPO Warszawa 330 zł, LEKARO 300 zł). Co więcej, również RIPOK należące do P.U. Hetman Sp. z o.o. czy spółki Remondis nie gwarantują w umowach niezmienności cen swoich usług ani też tego, że ceny te wzrosną jedynie o 10%.

Co do trzeciego z głównych elementów cenotwórczych, tj. transportu, Izba nie znalazła wystarczających podstaw, by kwestionować wyliczenia wykonawcy, jakkolwiek i tu założenia wydają się niezbyt dokładne. Jednak już samo niedoszacowanie kosztów zagospodarowania odpadów, jako największego kosztu związanego ze świadczeniem usługi, jest wystarczające, by uznać cenę za zbyt niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jakkolwiek kwestionowana kalkulacja mogła być zbyt optymistyczna lub błędna, Izba nie zakwalifikowała jednak zachowania przystępującego jako noszącego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji ani nie uznała, że wykonawca poprzez taką kalkulację, jaką sporządził, przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Brak w wyjaśnieniach przygotowanego przez zamawiającego załącznika również tych wyjaśnień nie dyskredytuje formalnie (są one dość wyczerpujące), brak ten mógłby co najwyżej zaważyć na dokonanej przez zamawiającego ocenie tych wyjaśnień.

W rozdziale 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy” w punkcie 13. zamawiający wskazał na umowę lub promesę umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Dokumenty te niewątpliwie były przez zamawiającego wymagane. Ich żądanie przez zamawiającego nie zostało przez wykonawców zakwestionowane po opublikowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym stanowisko zamawiającego, przedstawione niewątpliwie na cele rozprawy – już po terminie składania ofert i wezwaniu do uzupełnienia – iż żądanie to było niezgodne z przepisami, jest niedopuszczalne, gdyż przeczy jednej z podstawowych zasad prowadzenia postępowania – zasadzie przejrzystości (według nomenklatury dyrektyw) oraz zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z wymogu tego, lub jego części, zamawiający mógłby zrezygnować po składaniu ofert jedynie w sytuacji braku w regionie instalacji danego rodzaju, gdyż oczywiste jest, że wykonawcy z przyczyn obiektywnych nie mogliby takiej umowy przedstawić.

Poza tym stanowisko to jest błędne również z poniższej przyczyny.

Jak wynika z konstrukcji rozdziału 6. (punkt 13. znajduje się w części „Inne dokumenty”, a nie wśród dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu), sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału 5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” (brak warunku dotyczącego dysponowania RIPOK), dokument ten nie powinien być klasyfikowany jako dokument dotyczący spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Zatem nie ma nawet sensu rozważanie, czy zamawiający mógł żądać takiego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ramach potwierdzenia spełniania przez dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań, zamawiający dysponuje znacznie większą swobodą żądania dokumentów, gdyż § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wymienia tylko przykładowe dokumenty. Konsekwencją formalną tego rozróżnienia jest to, że w braku dokumentu wykonawca nie zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (jest to dokument tzw. „merytoryczny”).

Bezsporne jest, iż do oferty firmy SIR-COM została załączona kserokopia umowy z P.U. Hetman Sp. z o.o., jednak bez wskazania, jakich odpadów ona dotyczy (umowa nie była kompletna, brak było załączników, które określały jej zakres). Tym samym, na podstawie przedłożonego dokumentu zamawiający nie mógł ocenić, czy wykonawca spełnił jego wymagania. Poza tym już z ogólnej wiedzy o instalacjach w regionie warszawskim (uchwały Sejmiku Województwa Mazowieckiego) zamawiający mógł się zorientować, iż umowa ta nie

może dotyczyć co najmniej przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, gdyż P.U. Hetman Sp. z o.o. nie ma statusu RIPOK-składowiska dla regionu. Zatem wykonawca musiałby przedstawić również umowę z właścicielem jednej z dwóch instalacji tego typu: Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. lub Stater-Otwock Sp. z o.o.

Argument zamawiającego, iż ze względu na żądanie nie tylko umowy, ale i promesy umowy, dopuszczalne było nieokreślenie jej zakresu, jest chybiony. Wymóg zamawiającego jest jasny – a więc jest odwrotnie w stosunku do twierdzenia zamawiającego: to nie umowa mogła nie zawierać wymaganych informacji (które *notabene* zawiera, tylko została załączona niekompletna – jak wynika z jej § 1), ale promesa również powinna określać, do czego konkretnie zobowiązała się instalacja i czego będzie dotyczyć umowa, w innym przypadku to żadne realne przyrzeczenie zawarcia umowy na wymagany zakres odbioru odpadów.

W wezwaniu z 6 czerwca 2013 r. zamawiający nie wzywał SIR-COM do uzupełnienia tego dokumentu, zatem, gdyby nie podstawa do odrzucenia oferty, zamawiający mógłby takiego wezwania dokonać, a przystępujący uzupełnić wskazane braki.

Co do zarzutu dotyczącego braku informacji w zaświadczeniu o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Milanówka w zakresie rodzajów odpadów objętych zamówieniem, zarzut ten potwierdził się.

Zamawiający wymagał zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Miasta Milanówka w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w ramach posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności (punkt 1 ppkt 1 lit. b rozdziału 5., punkt 3. rozdziału 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sekcja III.2.1. lit. b) ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z art. 9b ust. 1 i art. 9c ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorca odbierający takie odpady zobowiązany jest do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy, wpis jest dokonany z chwilą zamieszczenia danych w rejestrze.

Zamawiający jako organ władzy publicznej, do tego zobowiązany do prowadzenia przedmiotowego rejestru, nie może akceptować prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów bez wymaganego zezwolenia, czyli uzyskania wpisu do rejestru, bowiem do chwili uzyskania wpisu działalność taka nie jest zgodna z prawem, nawet jeśli omyłkowo wpis nie został dokonany prawidłowo (zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy). Jeśli zaś wpis został

dokonany prawidłowo, lecz zostało wydane błędne zaświadczenie o dokonanym wpisie, zamawiającemu został przedstawiony błędny dokument, który powinien zostać uzupełniony (wykonawca powinien sprawdzić poprawność czynności gminy, zwłaszcza w zakresie błędu w zaświadczeniu, które zostało mu wydane).

Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia zaświadczenia o wpisie, więc byłoby możliwe jego uzupełnienie z tym, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzupełniony dokument powinien potwierdzać stan na dzień składania ofert, zatem możliwa jest jedynie korekta błędnego zaświadczenia, a nie błędu we wpisie lub braku wniosku o wpis brakujących rodzajów (kodów) odpadów.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku w załączniku dotyczącym potencjału technicznego oraz uzupełnionych dokumentach informacji o posiadanej bazie magazynowej Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zgodnie z art. 9d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany m.in. do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.

Zamawiający w rozdziale 5. pkt 3 lit. f specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, postawił wymóg posiadania przez wykonawców właściwie usytuowanej i wyposażonej bazy magazynowej (jakkolwiek w dalszej części punktu 3. wskazał, już na wymagania dla bazy magazynowo-transportowej zgodne z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości). W rozdziale 6. zamawiający podał, iż wykonawcy mają przedstawić wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 5.

SIR-COM w załączonym do oferty wykazie nie wskazał bazy magazynowej ani magazynowo-transportowej, dlatego został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentów (wykazu „Potencjał techniczny”) w zakresie bazy magazynowej.

W odpowiedzi wykonawca wskazał, iż posiada bazy transportowe w miejscowości Łazy i miejscowości Opacz Mała. Tym samym nie wskazał na dysponowanie bazą magazynową ani na formę tego dysponowania. Podczas rozprawy stwierdził, iż informacja o bazie magazynowej wynika ze strony 2. załączonej do oferty decyzji Starosty Pruszkowskiego z 21 kwietnia 2011 r. dotyczącej zezwolenia na zbieranie odpadów. Z punktu II i III tej decyzji wynika, iż działalność prowadzona będzie na terenie nieruchomości zlokalizowanej w miejscowości Opacz Mała przy ul. Targowej 28, do której posiada tytuł prawny w postaci zawartej na czas nieokreślony umowy najmu. Odpady będą magazynowane w sposób

selektywny, w metalowych specjalistycznych kontenerach itd. Zezwolenie zostało udzielone do 20 kwietnia 2021 r.

Jednak informacji takiej przystępujący nie przedstawił zamawiającemu w ramach uzupełnienia dokumentów (analogicznie jak w przypadku informacji o decyzji transportowej, w której wskazał na zapis decyzji), kolejne oświadczenie dotyczy też wyłącznie baz transportowych (choć i tu brak informacji o podstawie dysponowania).

Decyzja Starosty Pruszkowskiego pochodzi z roku 2011, Starosty Piaseczyńskiego mówiąca o bazie transportowej z roku 2005, natomiast zamawiający wymagał, aby baza magazynowo-transportowa spełniała wymagania rozporządzenia z roku 2013 r.

Zasadniczo z treści decyzji zamawiający może się domyślać rodzaju (magazynowa czy transportowa) i lokalizacji baz, jednak nie było to dla niego tak jednoznaczne, skoro wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu o tę informację. Poza tym z ww. decyzji nie wynika spełnienie wymagań dla baz z roku 2013, zatem informacje zawarte w decyzjach nie do końca mogą zastąpić oświadczenie wykonawcy. Co prawda wykonawca nie musiał w wykazie swojego potencjału składać oświadczenia typu „oświadczam, iż wskazana przeze mnie baza magazynowa/magazynowo-transportowa jest właściwie usytuowana i wyposażona oraz spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości”, jednak samo zamieszczenie tej bazy w wykazie potencjału jest milczącym, lecz jasnym wskazaniem tej okoliczności. Pominięcie tej okoliczności – omyłkowe lub celowe – można tłumaczyć dwojako: albo wykonawca taką bazą dysponuje, albo nie dysponuje. Z kolei, jak wynika z art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to wykonawcy powinni wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nie pozostawiać je w sferze domysłów zamawiającego.

W zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenie działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali bądź wykonują co najmniej jedną usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych z nieruchomości stanowiących zabudowę o charakterze miejskim i wiejskim w ilości co najmniej 6500 Mg rocznie (tj. w każdym roku odebrali i zagospodarowali min. 6500 Mg odpadów komunalnych), z wyłączeniem (...) Należało udokumentować ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów załączając dowody potwierdzające należyte wykonanie bądź wykonywanie (rozdział 5. pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W rozdziale 6. zamawiający wskazał standardowy wymóg co do przedstawienia wykazu usług i jego treści – z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały

wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 12. rozdziału 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając mu pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zawierającego m.in. informacje o: zakresie i sposobie wykorzystania udostępnionych zasobów, charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby oraz zakresie i okresie udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Wymóg ten jest realizacją § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Przystępujący w ramach uzupełnienia dokumentów przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego (wcześniej nie wskazywane w ofercie), tj. P.U. Hetman Sp. z o.o. o treści: „Będąc należycie upoważnionym do reprezentowania podmiotu składającego zobowiązanie oświadczam, że oddaję do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Milanówek* w okresie 1 lipca 2013 do 31.12.2015 r. w następującym zakresie: posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na usłudze odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych o łącznej masie minimum 6500 Mg rocznie.” (Wcześniej przedstawione zobowiązanie spółki Ekopark zawierało wymagane elementy, zamawiający w wezwaniu wskazał na brak danych dotyczących ilości odpadów odebranych w ciągu jednego roku.)

Rzeczywiście, ze zobowiązania P.U. Hetman Sp. z o.o. nie wynika, do czego się ten podmiot zobowiązał, a więc czym konkretnie – poza przedstawieniem dokumentów dotyczących P.U.

Hetman Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego – może dysponować przystępujący ani, że stosunki łączące oba podmioty gwarantują SIR-COM rzeczywisty dostęp do zasobów P.U. Hetman Sp. z o.o.

Dokument ten, jako przedstawiony w ramach uzupełnienia, nie może być ponownie uzupełniony.

Zatem S..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą SIR-COM S..... Z..... powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a jego oferta odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Spółka z o.o. Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Argumenty przedstawione przez odwołującego nie zostały przez zamawiającego merytorycznie podważone. Jeśli bowiem wykonawca ten, zgodnie z umową zawartą z odwołującym (o czym zamawiający mógł nie wiedzieć oceniając ofertę, gdyż cena ta została usunięta z przedstawionej zamawiającemu kopii umowy z odwołującym), będzie ponosił koszty zagospodarowania odpadów zmieszanych w wysokości 390 zł za tonę, przy utrzymaniu ilości zmieszanych odpadów komunalnych na poziomie odnotowanym w roku 2011 i 2012, zaoferowana przez niego cena 5.040.000,00 zł może budzić uzasadnione wątpliwości, które należy wyjaśnić. Należy też zwrócić uwagę, iż przedmiotowa umowa została zawarta w trybie zamówień publicznych, zatem MZO Pruszków nie będzie mogło dowolnie zmienić instalacji RIPOK na tańszą.

W rozdziale 6. „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy” punkt 13. zamawiający wskazał, iż wykonawcy mają przedstawić umowę lub promesę z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

MZO Pruszków razem z ofertą przedstawiło umowę zawartą z RIPOK prowadzoną przez W..... B..... (firmę „BYŚ”). Jednak, zgodnie z uchwałą nr 35/13 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 18 lutego 2013 r. RIPOK ten nie jest uprawniony do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, dla którego to rodzaju odpadów zostały wyznaczone dwie instalacje – składowiska odpadów: należące do Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. oraz należące do

Stater-Otwock Sp. z o.o. Zatem wykonawca ten powinien przedstawić również umowę w brakującym zakresie.

Jak wynika z wezwania zamawiającego z 6 czerwca 2013 r., wykonawca nie został wezwany do uzupełnienia tego dokumentu, zatem wezwanie takie może być do niego skierowane na warunkach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. zamawiający może od wezwania odstąpić, jeśli zdecyduje, że oferta podlega odrzuceniu).

Również zarzut dotyczący przedstawionej przez MZO Proszków informacji z banku jest uzasadniony.

Zgodnie z wymaganiami rozdziału 6. punkt 10. oraz rozdziału 5. punkt 4. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na wysokość minimum 0,6 mln złotych.

W załączonej do oferty MZO Proszków „Opinii bankowej” z 17 kwietnia 2013 r. bank stwierdził jedynie, iż spółka ma przyznane w Banku BPH S.A. finansowanie w kwocie nie mniejszej niż 2.000.000 PLN. Oznacza to najprawdopodobniej, iż takiego kredytu bank spółce udzielił w przeszłości lub też, co jest równoznaczne, otworzył tzw. linię kredytową. Oświadczenie takie nie oznacza jednak, iż obecnie kredyt ten nie został już wykorzystany. Zatem, aby uczynić zadość wymaganiom zamawiającego, bank w swojej informacji powinien wskazać, ile środków z przyznanego finansowania było realnie dostępnych dla wykonawcy w chwili wystawiania opinii – są to posiadane przez wykonawcę środki finansowe. (Oczywiście wykonawca może przedstawić też informację o innych środkach finansowych, nie pochodzących z kredytu.)

Biorąc zaś pod uwagę, iż udzielone kredyty zmniejszają zdolność kredytową podmiotu, informacja o przyznanym finansowaniu w kwocie 2.000.000 zł nie oznacza, że wykonawca po przyznaniu owego finansowania posiada jeszcze dodatkową zdolność kredytową na wymagane 600.000 złotych.

Zamawiający podczas rozprawy przedstawił uzyskane przez siebie wyjaśnienie banku w tym zakresie, jednak – jakkolwiek oświadczenie banku może stanowić dowód podczas rozprawy potwierdzający pewne okoliczności – to jednak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest ono tym samym dokumentem, który miał przedstawić wykonawca i nie może go zastąpić – bowiem to wykonawca ma przedstawić stosowne dokumenty.

Ponieważ jednak i w tym przypadku zamawiający wezwaniem z 6 czerwca 2013 r., nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu, wezwanie takie może być do niego skierowane na warunkach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu dotyczącego posiadania bazy magazynowej, sprowadza się on do kwestii, że informacja o bazie magazynowej przedstawiona zamawiającemu na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie została sporządzona na przygotowanym przez zamawiającego druku stanowiącym załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Izby nie ma to znaczenia. Wykonawca w przygotowanym przez siebie dokumencie oświadczył, iż posiada własną bazę magazynowo-transportową zlokalizowaną w gminie Pruszków, w odległości 10 km od gminy Milanówek oraz podał wyposażenie bazy. W oświadczeniu tym znajdują się więc wymagane przez zamawiającego dane potrzebne do ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. W braku konkretnych zarzutów dotyczących samej bazy czy treści tego oświadczenia, zarzut należało oddalić.

Należy przy tym przypomnieć, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym chodzi tu zasadniczo (w dużym uproszczeniu i uogólnieniu) o zgodność oferowanych dostaw, usług czy robót budowlanych z opisem przedmiotu zamówienia, a nie dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Eko-Hetman Sp. z o.o. Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut dotyczący braku kompletnej umowy lub umów z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu warszawskiego na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Wymóg załączenia takich dokumentów do oferty zamawiający zawarł w rozdziale 6. punkt 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kwestia tego wymogu została opisana powyżej, zatem nie ma potrzeby jej powtarzać.

Wykonawca Eko-Hetman Sp. z o.o. nie załączył do swojej oferty wymaganej umowy/umów, promesy zawarcia umowy ani innego dokumentu. W związku z powyższym zamawiający pismem z 6 czerwca 2013 r. wezwał go do uzupełnienia dokumentów, wezwanie to zostało sformułowane prawidłowo, nie było też kwestionowane.

W odpowiedzi Eko-Hetman Sp. z o.o. przedstawił kopię umowy z P.U. Hetman Sp. z o.o., jednak bez załączników, w tym załącznika nr 1, w którym są określone rodzaje (kody) odpadów, których umowa dotyczy (tak wynika z § 1 przedstawionej umowy). Tym samym na podstawie przedłożonego dokumentu zamawiający nie mógł ocenić, czy wykonawca spełnił jego wymagania. Poza tym, jak Izba wskazała powyżej, już samo określenie instalacji RIPOK wskazuje, że umowa ta nie może dotyczyć co najmniej przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, gdyż P.U. Hetman Sp. z

o.o. nie ma statusu RIPOK-składowiska dla regionu warszawskiego. Zatem wykonawca musiałby przedstawić co najmniej również umowę z Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania m. st. Warszawy Sp. z o.o. lub Stater-Otwock Sp. z o.o.

Jako że wykonawca był już wzywany do uzupełnienia tego dokumentu, a wezwanie było prawidłowe, kolejne wezwanie nie jest możliwe. Tym samym oferta Eko-Hetman Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wskazania w wykazie usług wartości wykonanych zamówień Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego.

W rozdziale 5. punkt 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenie działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawcy wykonali bądź wykonują co najmniej jedną usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych z nieruchomości stanowiących zabudowę o charakterze miejskim i wiejskim w ilości co najmniej 6500 Mg rocznie (tj. w każdym roku odebrali i zagospodarowali min. 6500 Mg odpadów komunalnych), z wyłączeniem (...) Należało udokumentować ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów załączając dowody potwierdzające należyte wykonanie bądź wykonywanie zamówień. W rozdziale 6. specyfikacji zamawiający standardowo wskazał na konieczność przedstawienia wykazu usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Bezsporne było, iż Eko-Hetman Sp. z o.o. w swoim wykazie usług ani w załączonych do niego dokumentach nie podał wartości usług, nie uczynił tego również pomimo wezwania przez zamawiającego, oświadczając jedynie, że nie może odnieść kwotowych wartości usług do ilości odpadów.

Jednak, jak wskazał zamawiający, postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu odnosił się jedynie do ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów, a nie ich wartości. Tym samym, mimo iż dokument nie jest prawidłowy pod względem formalnym, nie zaistniała podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wartość usług nie była konieczna do udowodnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania dysponowania kontenerami o pojemności 7 m³ i 4,5 m³ ze względu na nieprawidłowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale 5. pkt 3 lit. d) i e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że wykonawcy muszą wykazać dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym w postaci m.in. 10 kontenerów o pojemności min. 7 m³ na odpady i 5 kontenerów o pojemności min. 4,5 m³ na odpady. W rozdziale 6. zamawiający podał, iż wykonawcy mają przedstawić wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 5 o tytule „Potencjał techniczny”.

W załączonym do oferty wykazie „Potencjał techniczny” Eko-Hetman Sp. z o.o. wskazał, że dysponuje kontenerami o wymaganej pojemności i liczbie sztuk na podstawie zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia potencjału i załączył zobowiązanie P.U. Hetman Sp. z o.o. do udostępnienia na czas realizacji niniejszego zlecenia potencjału technicznego do wykonania zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu (nazwa itd.) na czas realizacji zlecenia, tj. od 1 lipca 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. w postaci 10 sztuk kontenerów o pojemności 7 m³ i 5 sztuk kontenerów o pojemności 4,5 m³.

Treść tego zobowiązania nie jest do końca zgodna z punktem 12. rozdziału 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zamawiający wskazał, że wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając mu pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zawierającego m.in. informacje o: zakresie i sposobie wykorzystania udostępnionych zasobów, charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby oraz zakresie i okresie udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (analogicznie do § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

Należy jednak wziąć pod uwagę, iż przedmiotem zobowiązania jest jedynie udostępnienie kontenerów na odpady, zatem sytuacja jest odmienna niż w przypadku korzystania z zasobów wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. Sposób wykorzystania kontenerów jest jednoznaczny, P.U. Hetman Sp. z o.o. ma jedynie kontenery wypożyczyć (wynająć, użyczyć, podarować itp.) na wymagany okres i nie jest zobowiązana do żadnego innego udziału w realizacji zamówienia. Tym samym akurat w tym przypadku zbędne są dodatkowe informacje o

zakresie i sposobie wykorzystania udostępnionych zasobów, charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby oraz zakresie i okresie udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, a wyciąganie z ich braku konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy byłoby zbędnym formalizmem. Poza tym zamawiający nie kwestionował przedmiotowego zobowiązania, a wezwanie do uzupełnienia dotyczyło jedynie uzupełnienia wykazu „Potencjał techniczny” w zakresie wykazania dysponowania niezbędnym parkiem maszynowym.

W uzupełnieniu Eko-Hetman Sp. z o.o. przedstawił powtórnie ww. wykaz, w którym dodał pozycję „baza magazynowo-transportowa, dzierżawa”. Wykonawca nie musiał uzupełniać dokumentów załączonych do wykazu, skoro wezwanie ich nie dotyczyło. Wykonawca nie musiał też wskazywać wpływu odpłatności za kontenery na wysokość zaoferowanej ceny.

Rzeczywiście, przepisując wykaz wykonawca pominął przy kontenerach w kolumnie „Liczba sztuk” cyfrę „10”, jednak ewidentnie jest to omyłka pisarska. W pierwotnym wykazie znajduje się deklaracja dotycząca ilości kontenerów o pojemności 7m³, a powtórnie złożony wykaz potencjału technicznego ewidentnie miał na celu uzupełnienie informacji o bazie magazynowo-transportowej, a nie zmianę oświadczenia w zakresie kontenerów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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: