

Sygn. akt: KIO 1456/13

**WYROK**  
z dnia 5 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **W..... B.....**, prowadzący działalność gospodarczą p.n. **BYŚ, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn,**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

- a. **Eko-Hetman Sp. z o.o., ul. Turystyczna 50, 05-830 Nadarzyn,**
- b. **Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 6, 05-800 Pruszków**

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu od oferty MZO Pruszków Sp. z o.o. oraz trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Eko - Hetman Sp. z o.o.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn** 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 p.n. **BYŚ W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Raszyn, ul. Szkolna 2a, 05-090 Raszyn** na rzecz **W..... B.....**, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. **BYŚ W..... B..... ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Raszyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Raszyn”.

Odwołujący – W..... B....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „BYŚ” W..... B..... wniósł w dniu 17 czerwca 2013 roku odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na ocenie i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „MZO”), pomimo istnienia obowiązku odrzucenia oferty MZO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP ze względu na zamieszczenie w tej ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym zarzucam Zamawiającemu naruszenie przywołanego przepisu;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty MZO, pomimo istnienia obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, ze względu na zamieszczenie w tej ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym zarzucam Zamawiającemu naruszenie przywołanego przepisu oraz art. 7 ust. 1 PZP;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia EKO-HETMAN Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie (dalej: „EKO-HETMAN”) z postępowania, pomimo istnienia obowiązku w tym zakresie wynikającego z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 PZP i art. 26 ust. 2a oraz art. 26 ust. 2b PZP, a to ze względu na to, iż EKO-HETMAN nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie:
  - a. obowiązku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytworzenie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego lub decyzji odpowiadającej im (vide: pkt 5.1.1. tiret 4 SIWZ), albowiem EKO-HETMAN na potwierdzenie spełnienia tego warunku przedłożył z ofertą zobowiązanie do udostępnienia EKO-HETMAN przedmiotowych zezwoleń w trybie art. 26 ust. 2b PZP przez inny podmiot,
  - b. obowiązku posiadania opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (vide: pkt 5.1.4. SIWZ), albowiem przedstawiona polisa obejmuje jedynie działalność w zakresie zbierania odpadów

innych niż niebezpieczne (PKD 38.11), gdy tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje również odpady niebezpieczne;

- c. obowiązku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na transport odpadów lub odpowiedni wpis do rejestru - zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Dz. U z 2013 r., poz. 21) (vide: pkt.5.1.1 tiret 3 SIWZ) albowiem EKO-HETMAN na potwierdzenie spełnienia tego warunku przedłożył z ofertą zezwolenie, które nie obejmuje uprawnienia do transportu odpadów o kodzie 20 01 40, które objęte są przedmiotem zamówienia, a zatem na dzień składania ofert nie może wykonać przedmiotu zamówienia w części polegającej na odbiorze - transporcie odpadów komunalnych o kodzie 20 01 40 (vide: części III pkt 1 ppkt. „b” Załącznika Nr A do SIWZ, który zawiera „Opis Przedmiotu Zamówienia”), a w tym zakresie nie wskazał, że będzie korzystał z usług podwykonawców.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 PZP i art. 26 ust. 2a oraz art. 26 ust. 2b PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie „rażąco niskiej ceny” jest definiowane jako cena niewiarygodna, nierealistyczna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, która nie gwarantuje wykonawcy pokrycia kosztów z wynagrodzenia otrzymanego od zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 roku, XIX Ga 179/13; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 roku, KIO 1502/12; wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 roku, KIO 2810/12). Podkreśla się również, że nie jest ważne, czy ten niedobór środków na realizację zamówienia będzie „rażący”, czy też będzie stosunkowo niewielki. Określenie to odnosi się bowiem do samej ceny, w stosunku do której jej nieadekwatność ma być łatwo zauważalna (vide: wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2013 roku, KIO 2856/12).

Co więcej, nie budzi w orzecznictwie wątpliwości, że punktem odniesienia, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać zatem taką, której cena pozostaje w znaczącej dysproporcji do wartości szacunkowej obliczonej przez zamawiającego, do poziomu cenowego innych ofert złożonych w danym postępowaniu, czy znanego poziomu cen rynkowych usług danej branży (vide: wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 roku, KIO 2413/12; wyrok KIO z dnia 6 listopada 2012 roku, KIO 2364/12). Z tego też względu podnosi się słusznie, iż w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy zawsze odnieść cenę oferty do wartości przedmiotu zamówienia, cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a także cen rynkowych dotyczących danego rodzaju zamówienia (vide: wyrok KIO z 26 października 2010 roku, KIO 2218/10).

Odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, odwołujący wskazał, że w orzecznictwie i doktrynie prawa uznaje się na obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny pozostałych ofert, względnie o 20% od szacunkowej wartości zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 10 maja 2010 roku, KIO/UZP 70410; G.Wicik, P.Wiśniewski w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”. C.H. Beck. Warszawa 2007).

Jeśli zatem porównać cenę z oferty MZO z kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie zamówienia, to różnica jest rażąco istotna i wynosi 18 %. Jeszcze bardziej razi różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez MZO a średnią arytmetyczną cen przedstawionych w ofertach pozostałych uczestników przetargu, to jest EKO-HETMAN i Odwołującego, która wynosi brutto 9.928.183,95 zł. Różnica pomiędzy ceną z oferty MZO i tą średnią wynosi aż 38,36%.

Powyższe dowodzi w sposób bezwzględny, iż Zamawiający winien nie tylko obligatoryjnie wszcząć procedurę z art. 90 ust. 1 PZP, która *notabene* ma charakter bezwzględnie obowiązujący, lecz odrzucić ofertę MZO jako nierealistyczną, nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia bez pokrycia kosztów, a tym samym zagrażającą należytemu wykonaniu zobowiązań wynikających z przyszłej umowy.

Uzasadniając tezę o zaoferowaniu przez MZO ceny, która nie pokryje kosztów wykonania zamówienia, zważyć należy i podkreślić, iż zgodnie z częścią III pkt 3 ppkt 3.2. Załącznika Nr A do SIWZ, wykonawca ma obowiązek odebrania odpadów w ilości ok. 10.000 Mg/rok, z czego 69%, to jest 6.900 Mg/rok, mają stanowić zmieszane odpady komunalne (20 03 01). Co więcej, w części III pkt 4 ppkt 4.1. tego Załącznika Zamawiający wskazał, że prognozuje się wzrost ilości odpadów i zagospodarowania o ok. 20% rocznie, za wyjątkiem odpadów o kodzie 16 01 03, 20 02 01, 20 03 07, gdzie przewiduje się większy wzrost wytworzonych odpadów. Mając na względzie, iż zamówienie ma być wykonywane przez 30 miesięcy, można przyjąć, że po pierwszych 12 miesiącach odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) wzrośnie do 8.200 Mg/rok. Tymczasem MZO posiada wyłącznie jedną umowę na odbiór zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) zawartą z Odwołującym, 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 o 20% i utrzyma się poziom w wysokości 6.900 Mg/rok, to tylko zagospodarowanie (bez odbioru) zmieszanych odpadów komunalnych będzie MZO kosztowało łącznie netto 6.727.500,00 zł, to jest brutto 7.265.700,00 zł, przy czym jest to kwota o ponad 1.100.000,00 zł wyższa niż cena zaoferowana przez MZO. Co więcej, jak wskazano powyżej, obejmuje ona tylko część zamówienia, a mianowicie tylko zagospodarowanie, i dotyczy wyłącznie kategorii zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01). Pozostają wszak jeszcze do odbioru i zagospodarowania odpady komunalne zbierane selektywnie, w tym meble

i odpady wielkogabarytowe, 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 (vide: część III pkt 1 Załącznika Nr A do SIWZ), które stanowią, wedle wskazań Zamawiającego, pozostałe 31% zamówienia. Odwołujący dokonał również obliczenia minimalnych kosztów związanych z wykonaniem usługi odbioru zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) przy założeniu, że wbrew szacunkom Zamawiającego ich poziom utrzyma się na 6.900 Mg/rok. Mianowicie miesięczny koszt brutto odbioru tych odpadów wynosi 40.940,22 zł, to jest 71,20 zł na 1 Mg. Jeśli tak, to łączne koszty związane z odbiorem tylko przedmiotowych odpadów wyniosą w okresie wykonywania zamówienia ok. 1.228.206,60 zł brutto. Podsumowując, same koszty wykonania zamówienia tylko w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), to jest ich odbioru i zagospodarowania, wyniosą w odniesieniu do MZO ok. 8.493.906,60 zł brutto. Kwota ta obejmuje jedynie 69% całego zamówienia, a jest wyższa o ponad 2.300.000,00 zł od zaoferowanej przez MZO za jego pełne wykonanie, to jest zakresie wskazanym w część III pkt 1 Załącznika Nr A do SIWZ. Oznacza to, że niedobór środków wyłącznie na obszarze zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) wynosi aż 28%.

Odwołujący dokonał również obliczenia minimalnych kosztów odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych oraz pozostałych odpadów wskazanych w część III pkt 1 Załącznika Nr A do SIWZ, które wynoszą miesięcznie, odpowiednio, brutto 18.690,10 zł i 3.198,76 zł. Wynoszą one zatem łącznie dla całego okresu wykonywania zamówienia ok. 656.665,80 zł i podnoszą poziom niedoboru środków po stronie MZO. Można zatem skonstatować, iż niedobór ten osiągnie pułap ok. 2.950.000,00 zł brutto, co oznacza, że różnica pomiędzy oferowaną ceną a kosztami wykonania zamówienia wyniesie ponad 32%.

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty Eko - Hetman Sp. z o.o. odwołujący podniósł następującą argumentację:

EKO-HETMAN przedstawił w swej ofercie polisę obejmującą wyłącznie działalność sklasyfikowaną jako PKD 38.11, to jest określoną w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) jako „Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne”. Tym samym EKO-HETMAN nie wykonał warunku SIWZ z pkt 5.1.4., albowiem winien przedstawić polisę obejmującą również prowadzenie działalności w zakresie PKD 38.12 „Zbieranie odpadów niebezpiecznych”. Tym samym EKO-HETMAN nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Ponadto Eko - Hetman Sp. z o.o. przedstawił wyłącznie zezwolenie na odzysk i wytwarzanie odpadów innego podmiotu, to jest P.U. Hetman Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na zasadzie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji EKO-HETMAN niezbędnych zasobów

(wiedzy i doświadczenia) złożonego w trybie art. 26 ust. 2b PZP. Odwołujący podniósł i podkreślił, iż powyższe nie spełnia merytorycznych wymogów SIWZ i pozostaje sprzeczne z przepisami PZP. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, przy czym ustawodawca w sposób wyraźnie odróżnił te uprawnienia od wiedzy i doświadczenia, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP. Także Zamawiający w sposób wyraźny oddzielił te kategorie w siwz (vide: pkt 5.1.1 i pkt 5.1.2 siwz). Odwołujący wskazał także, iż przedstawione przez EKO-HETMAN zezwolenie - decyzja Nr 124/2011 z dnia 19 kwietnia 2011 roku nie zawiera jednak w swej treści kodu 20 01 40 – metale. Powyższe oznacza, iż EKO-HETMAN również w tym zakresie nie spełnił warunków przetargu określonych w SIWZ.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący oferty wykonawcy MZO - rażąco niska cena.

Zgodnie z protokołem ZP - 1, Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 10 990 161, 21 zł netto, w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 3 663 387, 07 netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: na rok 2013 - 1 460 000 zł, na lata następne: 2014 i 2015 - 3 000 000 zł. Łączna kwota przeznaczona na realizację zamówienia wyniosła 7 460 000 zł. Z treści dokumentu z dnia 18 kwietnia 2013 roku, złożonego przez zamawiającego, stanowiącego podstawę do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia, wynika, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi netto 7326 774, 14 netto, co z uwzględnieniem 8% stawki podatku VAT wynosi 7 912 916,07 zł.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

- oferta Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. z ceną 6.120.540,00 zł,
- oferta Byś W..... B..... z ceną 10 953 079, 20 zł
- oferta Eko – Hetman Sp. z o.o. z ceną 8 903 288, 70 zł.

Odnosząc się na wstępie do podniesionej przez pełnomocnika zamawiającego wadliwości formalnej wniesionego odwołania, powstałej na skutek braku podniesienia przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wskazania w treści odwołania jedynie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 7 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny jako zarzut wywołujący skutki dalej idące skutki w postaci odrzucenia oferty konsumuje zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest bowiem czynnością następczą w stosunku do czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na zamawiającym spoczywa obowiązek, aby przed podjęciem ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym nie sposób dokonać oceny czy w sprawie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w oderwaniu od stwierdzenia czy wyczerpano tryb przewidziany w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a jeśli tak, to jaki był wynik oceny udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. Prawo zamówień publicznych określa w toku badania i oceny ofert pewien ciąg, kolejno po sobie następujących czynności i tak czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie może być skuteczna bez uprzedniego wyczerpania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak czynność wykluczenia wykonawcy z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może być skuteczna bez uprzedniego wyczerpania procedury przewidzianej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższych rozważań, Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom pełnomocnika zamawiającego, zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp był zawarty wprost w treści samego odwołania, gdzie na stronie 5 wskazano cyt. *„Powyższe dowodzi w sposób bezwzględny, iż Zamawiający winien nie tylko obligatoryjnie wszcząć procedurę z art. 90 ust. 1 Pzp, która notabene ma charakter bezwzględnie obowiązujący (...)”*.

Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty MZO Pruszków z powodu rażąco niskiej na tym etapie postępowania za przedwczesny i z uwagi na stwierdzenie zaniechania wezwania wykonawcy MZO Pruszków Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, nakazała zastosowanie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym dowody złożone przez odwołującego na okoliczność istnienia w ofercie MZO Pruszków Sp. z o.o. ceny rażąco niskiej Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu.



W ocenie Izby zamawiający w toku badania i oceny ofert winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do tego czy cena oferty MZO Pruszków Sp. z o.o. została skalkulowana w sposób prawidłowy tj. z uwzględnieniem wszystkich realnych kosztów związanych z realizacją przedmiotowej usługi. O konieczności zastosowania procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp świadczą choćby, wskazywane przez odwołującego różnice w cenach ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu czy też porównanie ceny oferty MZO Pruszków Sp. z o.o. z wartością szacunkową zamówienia, która jest wyższa o ok. 18%.

Wątpliwości Izby budzi przede wszystkim podstawa przyjęcia w kalkulacji kosztów, złożonej przez przystępującego w toku rozprawy, stawki za unieszkodliwianie odpadów komunalnych w wysokości 259.20 zł/Mg, w sytuacji gdy MZO Pruszków Sp. z o.o. na dzień składania ofert posiadało zawartą z odwołującym – W..... B....., prowadzącym działalność gospodarczą p.n. Byś - umowę na odbiór odpadów przez RIPOK, w której strony ustaliły stawkę 390 zł/Mg netto. Przystępujący MZO Pruszków Sp. z o.o. winien w toku postępowania wyjaśniającego wykazać, że przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki są oparte na rzeczywistym albo możliwym do uzyskania przez danego wykonawcę poziomie. Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego musi mieć bowiem pewność, że zamówienie to będzie realizowane przez cały okres trwania umowy w sposób rzetelny, z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa dotyczących gospodarowania odpadami i utrzymania czystości i porządku w gminie.

Istotnie, zgodzić się należy z zamawiający i przystępującym, że w postanowieniach siwz brak wymogu, aby wykonawca posiadał na dzień składania ofert zawartą umowę z RIPOK, niemniej jednak przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki muszą znajdować swoje uzasadnienie i nie mogą być jedynie hipotetyczne. Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień przystępującego złożonych w toku rozprawy podstawą do kalkulacji ceny oferty była złożona mu w marcu bieżącego roku propozycja oferty firmy Remondis ze stawką w wysokości 240 zł. Mg. Wykonawca ten, nie złożył jednak oferty w postępowaniu przetargowym na odbiór odpadów komunalnych prowadzonym przez MZO Pruszków Sp. z o.o., stąd wątpliwości budzi fakt przyjęcia tej stawki do kalkulacji ceny oferty.

Powyższe okoliczności, nie przesądzają jednocześnie o tym czy cena zaproponowana przez przystępującego jest rażąco niska i czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty. Ewentualna decyzja zamawiającego w tym zakresie może być podjęta po przeprowadzeniu obligatoryjnej procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., która ma na celu umożliwienie wykonawcy przedstawienia okoliczności, które w sposób wiarygodny uzasadnią rzetelność dokonanej kalkulacji ceny oferty.

Stąd, zdaniem Izby konieczne jest uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku od oferty MZO Pruszków Sp. z o.o.

#### Zarzuty dotyczące oferty Eko - Hetman Sp. z o.o.

##### 1. Zarzut dotyczący polisy odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z pkt 5.1.4 siwz „Sytuacja ekonomiczna”: Wykonawca winien wykazać, iż posiada opłaconą polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości nie mniejszej niż 1 000 000 zł.

Niespornym jest, że przedstawiona w ofercie Eko - Hetman Sp. z o.o. polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej seria TPP nr 21482862 z dnia 18.01.2013 roku, obejmuje działalność objętą PKD 38.11 - gospodarowanie odpadami innymi niż niebezpieczne. Nie ulega także wątpliwości, że w części II pkt 1 Załącznika A do siwz zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno odbiór odpadów niebezpiecznych jak i innych niż niebezpieczne. Zdaniem odwołującego Eko- Hetman Sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej, bowiem przedstawiona polisa nie obejmuje prowadzenia działalności w zakresie PKD 38.12 - zbieranie odpadów niebezpiecznych.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Celem złożenia polisy odpowiedzialności cywilnej jest potwierdzenie wiarygodności ekonomicznej wykonawcy. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013 poz. 231), zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z przepisu tego wynika wprost, że złożona polisa winna dotyczyć - jak słusznie wskazał pełnomocnik zamawiającego - jedynie działalności „związanej z przedmiotem zamówienia”, co oznacza, że zakres działalności objęty ubezpieczeniem nie musi być identyczny z zakresem zarówno przedmiotu zamówienia jak i faktycznie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, ujawnionej w Krajowym Rejestrze Sądowym. Wobec tego, przedstawienie polisy odpowiedzialności cywilnej dotyczącej działalności w zakresie zbierania odpadów innych niż niebezpieczne jest niewątpliwie wystarczające dla potwierdzenia

spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem jest to działalność „związana z przedmiotem zamówienia” i dotyczy bezpośrednio tego przedmiotu zamówienia.

Złożona przez odwołującego jako dowód w sprawie oferta ubezpieczenia Compensa dla spółki Byś W..... B....., określająca różne wartości składek rocznych w zależności od zakresu działalności zgłoszonej do ubezpieczenia, pozostaje, w świetle powyższych wywodów, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

2. Zezwolenie na przetwarzanie odpadów, pozwolenie na wytworzenie odpadów lub pozwolenie zintegrowane lub decyzja odpowiadająca im.

Zgodnie z pkt 5.1.1 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” tiret 4 wykonawca winien posiadać m.in. zezwolenie na przetwarzanie odpadów, pozwolenie na wytworzenie odpadów lub pozwolenie zintegrowane lub decyzja odpowiadająca im.

Eko - Hetman Sp. z o.o. załączył do oferty zezwolenie na odzysk i wytworzenie odpadów wydane na rzecz P.U. Hetman Sp. z o.o. wraz z pisemnym zobowiązaniem tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia niezbędnych zasobów na okres wykorzystania ich przy wykonywaniu zamówienia. Z treści zobowiązania z dnia 4.06.2013 roku wynika, że P.U. Hetman Sp. z o.o. oddaje do dyspozycji wykonawcy Eko - Hetman Sp. z o.o. zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia polegające na posiadaniu zezwolenia na odzysk i wytworzenie odpadów.

Odwołujący w toku rozprawy podnosił, że udostępnieniu decyzji administracyjnej – zezwolenia – sprzeciwia się wprost przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, gdyż zgodnie z jego brzmieniem podmioty trzecie mogą oddać do dyspozycji wykonawcy jedynie wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia z zdolności finansowe.

Izba uznała zarzut za zasadny. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wymagał w siwz złożenia zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytworzenie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego. Odmienne stanowisko pełnomocnika zamawiającego w tym zakresie i twierdzenie, że w siwz nie postawiono wymogu złożenia tego zezwolenia nie znajduje oparcia w przywołanych postanowieniach specyfikacji,

Istotnie, przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie przewiduje możliwości posłużenia się przez wykonawcę w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu - zezwoleniami czy koncesjami wydanymi dla innego przedsiębiorcy. Zezwolenia wydawane są w drodze decyzji administracyjnej dla konkretnego wykonawcy i w świetle przepisów krajowych nie podlegają udostępnieniu. Mimo, że - jak słusznie wskazywał pełnomocnik zamawiającego - na gruncie

prawa unijnego istnieje pogląd, że do potencjału technicznego można zaliczyć nie tylko uprawnienia i kwalifikacje osób fizycznych, ale także koncesje, zezwolenia wydawane przedsiębiorcom, to jednak przyjmuje się, że nawet w świetle dyrektyw UE niedopuszczalnym jest poleganie na uprawnieniach wydanych dla podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy wykonanie zamówienia publicznego w całości wymaga posiadania stosownych zezwoleń. Sytuacja taka ma miejsce w rozpatrywanym stanie faktycznym, gdzie zezwolenie na przetwarzanie odpadów, pozwolenie na wytworzenie odpadów jest wymagane dla realizacji całości przedmiotu zamówienia publicznego.

Podsumowując, decyzja zamawiającego w postaci wykluczenia Eko - Hetman Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu przetargowym z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu z powodu braku posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia na wytworzenie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego lub decyzji odpowiadającej im, winna być poprzedzona obligatoryjnym wezwaniem tego wykonawcy do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Zezwolenie na transport odpadów lub odpowiedni wpis do rejestru – przedłożone zezwolenie nie obejmuje uprawnienia do transportu odpadów o kodzie 20 01 40, które są objęte przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 5.1.1 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” tiret 3 wykonawca winien posiadać zezwolenie na transport odpadów lub odpowiedni wpis do rejestru – zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21). Zakres przedmiotu zamówienia określony w części III pkt 1 Załącznika nr A do siwz obejmuje m.in. odpady o kodzie 20 01 40 - metale. Załączona do oferty Eko - Hetman Sp. z o.o. decyzja nr 243/2007 wydana przez Starostę Pruszkowskiego z dnia 18.07.2007 roku zezwalająca na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, których wykaz uwzględniono w tabeli, nie obejmuje odpadów o kodzie 20 01 40 - metale.

Izba uznała zarzut za zasadny. Niespornym jest, że zezwolenie na transport złożone w ofercie Eko - Hetman Sp. z o.o. nie obejmuje uprawnienia do transportu odpadów o kodzie 20 01 40. Okoliczność tę potwierdza sam wykonawca Eko - Hetman Sp. z o.o., który do zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 20.06.2013 roku załącza kopię postanowienia z dnia 5 czerwca 2013 roku Starosty Powiatowego o sprostowaniu oczywistej omyłki w treści decyzji na transport odpadów z dnia 18.07 przez dodanie do przedmiotowej decyzji kodu 20 01 40 - metale.

Izba wskazuje, że również w tym przypadku, w sytuacji braku złożenia w ofercie stosownego zezwolenia na transport odpadów o kodzie 20 01 40, zachodzi konieczność przed podjęciem przez zamawiającego ewentualnej decyzji o wykluczeniu Eko - Hetman Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, formalnego wszczęcia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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 wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....