

WYROK
z dnia 30 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012 r. przez **Odwołującego** – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, Intereko Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Powiat Wałbrzyski, Starostwo Powiatowe w Wałbrzychu z siedzibą w Wałbrzychu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, Powiatowi Wałbrzyskiemu, Starostwu Powiatowemu w Wałbrzychu z siedzibą w Wałbrzychu, powtórzenie badania i oceny ofert, oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Powiat Wałbrzyski, Starostwo Powiatowe w Wałbrzychu z siedzibą w Wałbrzychu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Konsorcjum: Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., Intereko Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Powiat Wałbrzyski, Starostwo Powiatowe w Wałbrzychu z siedzibą w Wałbrzychu, na rzecz **Odwołującego** – Konsorcjum: Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., Intereko Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Powiat Wałbrzyski z siedzibą w Wałbrzychu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Likwidacja odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 22 września 2012 r., poz. 2012/S 183-300971 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19 listopada 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie i Intereko Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: Odwoływający) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt. 1 i 4 oraz ust. 4; art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4; art. 7 ust. 1 i ust. 2; a także art. 26 ust. 3 i art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwoływający uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. Zarzut udziału Lidera Konsorcjum Hydrogeotechnika (którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą) w przygotowaniu postępowania, który miał wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z Kielc, przygotowywała na zlecenie Zamawiającego raport z badaniami, na potrzeby pozyskania środków na realizację zadania zmierzającego do likwidacji odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7. Dokumentacja ta została przez Zamawiającego wykorzystana w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Jednocześnie Odwoływający w dniu 27 września 2012r. pismem nr. ZUO/290/DH/2012 zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie analiz dla poszczególnych odpadów na podstawie których dokonano klasyfikacji odpadów jak i określono sposób dalszego ich unieszkodliwiania. Zamawiający pismem nr SZP.272.1.30.2012 z dnia 3 października 2012r.

udzielił odpowiedzi na zapytanie o treści iż „Badania nie zostaną udostępnione. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Z opisu tego wynika pełen zakres usługi i warunki jej realizacji.” Odpowiadając na wniosek innego Wykonawcy, Zamawiający pismem nr SZP.272.1.30.2012 z dnia 3 października 2012r. również odmówił udostępnienia opracowania. Stanowisko to Zamawiający utrzymał w kolejnych pismach nr SZP.272.1.30.2012 z dnia 03 października 2012r. i nr SZP.272.1.30.2012 z dnia 8 października 2012r. odpowiadając na wniosek kolejnych Wykonawców. Odwołujący pismem nr ZUO/302/DH/2012 z dnia 9 października 2012r. wniósł o wyjaśnienie, jak Zamawiający ustalił proporcję składników stabilizujących (zgodnie z SIWZ immobilizację należy przeprowadzić siarką w obecności wapna). Dane te są niezbędne do oszacowania przez wykonawcę kosztów zakupu odpowiednich materiałów stabilizujących”, oraz w pytaniu nr 3 Odwołujący wniósł o możliwość samodzielnego wykonania badań na własny koszt aby móc złożyć poprawną ofertę, Zamawiający pismem nr SZP.272.1.30.2012 z dnia 10 października 2012r. udzielił odpowiedzi iż: „dokumentacja jest do wglądu w siedzibie Zamawiającego”.

Zdaniem Odwołującego opisane wyżej postępowanie Zamawiającego stanowiło naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający znacząco skrócił czas do zapoznania się z wynikami badań pozostałych Wykonawców, co utrudniło sporządzenie oferty. Jednocześnie Konsorcjum uzyskało nieuzasadnioną przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania albowiem znając od dłuższego czasu treść raportu mogło przygotowywać się do złożenia oferty, w tym oszacować niezbędny zakres prac i koszty wykonania zamówienia, czego pozostali Wykonawcy byli w znacznej mierze pozbawieni.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykluczając Konsorcjum z postępowania naruszył również art. 24 ust. 2 pkt. 1 jak również przepis art. 7 ust. 1 i ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym to przepisem Zamawiający jest zobowiązany przygotować i przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również zapewnić aby czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

2. Zarzut nie wykazania przez Konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przytaczał opis przedmiotu zamówienia i opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, i ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wyinterpretował, iż stosownie do niego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien wykazać się posiadaniem następujących decyzji, wynikających z przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach:

1) Decyzję na wytwarzanie odpadów - zatwierdzającą program gospodarki w trybie art.17 1a ustawy o odpadach , lub program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, w trybie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity z 2010 r.: Dz. U. nr 185, poz. 1243 z późn. zm.), objętych zakresem prac na terenie Zamawiającego dla odpadów:

170503* - gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne. Odpad stanowi glebę i ziemię zanieczyszczoną stłuczką szklaną zawierającą rtęć i jej związki w ilości 2178 Mg,

17 01 06* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne, w ilości 290,4 Mg. Odpad ten po wykonaniu stosownych badań winien zostać złożony na składowisku odpadów niebezpiecznych.

2) Decyzje na transport odpadów o kodach odpadu 170503*; 170106*, 190304*

3) Decyzje w zakresie unieszkodliwiania odpadów;

3.1. Unieszkodliwianie odpadu o kodzie 170503* w procesie D9 - Obróbka fizyczno-chemiczna niewymieniona w innym punkcie załącznika, w wyniku którego powstają odpady unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek z procesów wymienionych w punktach od D1 do D12. Obróbka fizykochemiczna odpadu o kodzie 170503*- zanieczyszczonego gruntu wymieszanego ze stłuczką szklaną polegająca na immobilizacji z siarką i wapnem, w wyniku czego odpad uzyska cechy odpadu częściowo stabilizowanego a w związku z powyższym następuje przeklasyfikowanie odpadu o kodzie 17 05 03* (gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) na odpad o kodzie: 19 03 04* - odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane w ilości 2600 Mg. Odpad przeznaczony do dalszego składowania na składowisku odpadów niebezpiecznych w procesie D5;

3.2. Unieszkodliwianie odpadów - składowanie na składowisku odpadów niebezpiecznych proces D5 zgodnie z załącznikiem nr 6 ustawy o odpadach - dla odpadów o kodzie:

170106* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne, w ilości 290,4 Mg;

17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne w ilości 979,2 Mg;

19 03 04* - Odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane w ilości 2600 Mg.

Odwołujący wyjaśniał, że przepisy ustawy o odpadach zobowiązują wytwórcę odpadów:

1. uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, jeżeli wytwarza odpady niebezpieczne w ilości powyżej 0,1 Mg rocznie;

2. przedłożenia informacji o wytwarzanych odpadach oraz o sposobach gospodarowania wytworzonymi odpadami, jeżeli wytwarza odpady niebezpieczne w ilości do 0,1 Mg rocznie albo powyżej 5 Mg rocznie odpadów innych niż niebezpieczne.
3. uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami jeżeli prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw, a także przetwarzania odpadów zawierających azbest w urządzeniach przewoźnych, jest obowiązany do uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami.
4. pozwolenia na wytwarzanie odpadów, które powstają w związku z eksploatacją instalacji, jeżeli wytwarza powyżej 1 Mg odpadów niebezpiecznych rocznie lub powyżej 5 tysięcy Mg odpadów innych niż niebezpieczne rocznie.

Konsorcjum Hydrogeotechnika załączyło do oferty następujące decyzje:

- 1) Decyzje Wojewody Świętokrzyskiego z dnia 11.03.2005r. Nr. ŚR.III.6620-5/2005 zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wydaną dla Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z Kielc;
- 2) Decyzje Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z dnia 17.10.2012r. Nr. OWŚVII.7240.1.33.2012 zatwierdzającą program gospodarki odpadami dla Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z Kielc;
- 3) Decyzję Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 31.12.2009 roku DW.II.781-28/09 pozwolenie zintegrowane dla instalacji: do odzysku lub unieszkodliwiania, z wyjątkiem składowania odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania 10 Mg/dobę oraz do składowania odpadów, z wyłączeniem odpadów obojętnych o zdolności przyjmowania ponad 10 Mg/dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 Mg zlokalizowanych w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Małszyńskiej 180 - dla Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Gorzowie Wlkp oraz Decyzję Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 25.03.2011 roku, Nr DW.II.7222.37.2011 - zmiana decyzji Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 31.12.2009 roku DW.II.781-28/09 pozwolenie zintegrowane dla instalacji do odzysku lub unieszkodliwiania, z wyjątkiem składowania odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania 10 Mg/dobę oraz do składowania odpadów, z wyłączeniem odpadów obojętnych o zdolności przyjmowania ponad 10 Mg/dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 Mg zlokalizowanych w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Małszyńskiej 180;
- 4) Decyzja Prezydenta Miasta Kielc z dnia 14.08.2003 roku, Nr GNŚ. IV.-7661/65/03 na transport odpadów dla Firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o.;

Odwołujący podnosił, że w decyzji wymienionej w pkt. 1 na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy o odpadach określono ilość odpadów niebezpiecznych do wytworzenia (odpady o kodach 06 13 02*, 15 01 10*, 15 02 02*). Na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach

określono ilość odpadów przewidzianych do unieszkodliwienia w ciągu roku, w tym odpad niebezpieczny o kodzie 17 05 03* w ilości 15000 Mg.

Określono również metodę unieszkodliwiania odpadów - metoda D9. W decyzji tej natomiast nie występuje w żadnej pozycji odpad niebezpieczny o kodzie 19 03 04* (do wytworzenia) o którym mowa w SIWZ: „w wyniku przeprowadzonej obróbki fizykochemicznej odpadu (zanieczyszczonego gruntu oraz gruntu wymieszanego ze stłuczką szklaną) polegającej na immobilizacji znajdującej się w nim rtęci odpad uzyska cechy odpadu częściowo stabilizowanego (zawarta w nim rtęć zostanie częściowo unieruchomiona lub częściowo zmieni swoje właściwości fizykochemiczne), w związku z powyższym następuje przeklasyfikowanie odpadu o kodzie 17 05 03* (gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) na odpad o kodzie: 19 03 04* - odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane. ”

W decyzji wymienionej w pkt. 2 wydanej na podstawie art. 17 ust. 1a, art. 21 a ust. 2 pkt. 2 i ust. 3, art. 2 1b ust. 3 ustawy określono rodzaje odpadów przewidzianych do wytworzenia, w tym odpady o kodach 17 01 06* i 17 05 03* i kodzie 19 03 04*. Ale decyzja ta nie uprawnia do przeprowadzenia procesu immobilizacji i wytworzenia w jej wyniku odpadu o kodzie 190304*, co jest zgodne z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 03.10.2012r.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Hydrogeotechnika przedkładając w/w decyzje nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i przywołanych przepisach ustawy o odpadach.

Z decyzji wynika bowiem wprawdzie, że Konsorcjum jest uprawnione do przeprowadzenia procesu unieszkodliwiania odpadu o kodzie 170503* w procesie D9 - Obróbka fizyczno-chemiczna niewymieniona w innym punkcie załącznika, w wyniku którego powstają odpady unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek z procesów wymienionych w punktach od D1 do D12, ale brak wskazania kodu odpadu 190304* jako możliwego do wytworzenia przez Wykonawcę w związku z prowadzeniem tego procesu (vide pkt. I. 1 decyzji z dnia 11 marca 2005r.).

Tymczasem w świetle przepisów ustawy o odpadach przeprowadzając unieszkodliwianie (immobilizację) odpadu o kodzie 170503* Hydrogeotechnika Sp. z o.o. fizycznie wytworzy odpad o kodzie 190304*, ale zgodnie z wymaganiami SIWZ, nie posiada uprawnień do wytworzenia tego odpadu w oparciu o decyzję z dnia 11 marca 2005r. Warunek byłby zdaniem Odwołującego spełniony, gdyby odpad ten został wymieniony w pkt. 1.1 decyzji z dnia 11 marca 2005r.

W związku z powyższym w świetle postanowień SIWZ i ustawy o odpadach Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił jednocześnie, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w badaniu pozostałych ofert Wykonawców przedmiotowego postępowania, w zakresie posiadanych uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia i spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Decyzji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w pełnym, wymaganym przepisami ustawy o odpadach i SIWZ, nie przedstawili pozostali bowiem Wykonawcy :

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Geologiczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i EKRO Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie,
2. PROTE Technologie dla Środowiska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eko-Radomsko sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku i Mo- Bruk S A. z siedzibą w Korzennej.

Wykonawcy wyżej wymienieni nie przedłożyli zdaniem Odwołującego decyzji w zakresie unieszkodliwiania odpadu o kodzie 170503* w procesie D9 - Obróbka fizyczno-chemiczna niewymieniona w innym punkcie załącznika, w wyniku którego powstają odpady unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek z procesów wymienionych w punktach od D1 do D12. Nie wykazali również uprawnień do unieszkodliwiania odpadów - składowanie na składowisku odpadów niebezpiecznych proces D5 (zgodnie z załącznikiem nr 6 ustawy o odpadach) - dla odpadu kodzie 170106* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne.

Zamawiający nie wezwał Wykonawców do uzupełnienia stosownych dokumentów.

Odwołujący wskazywał, że w załączonych dokumentach do oferty jako jedyny z uczestników postępowania wykazał posiadanie (wszystkich określonych w SIWZ jak i przepisach ustawy o odpadach) uprawnień do przeprowadzenia procesu immobilizacji odpadu o kodzie 170503*, w wyniku czego zostanie wytworzony odpad o kodzie 190304* (odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane oraz do transportu i unieszkodliwiania (poprzez składowanie na składowisku odpadów niebezpiecznych) odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

3. Zarzut rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Konsorcjum Hydrogeotechnika jest rażąco niska i znacząco odbiega od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia (Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 3 565671,60 zł brutto) i znacząco odbiega (ok. 1 mln zł) od pozostałych trzech ofert Wykonawców przedmiotowego postępowania. Ceny

pozostałych trzech Wykonawców są bardzo zbliżone i realne w stosunku do zakresu prac jaki należy wykonać w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niewątpliwie oszacował wartość zamówienia z należytą starannością, gdyż precyzyjnie określił w SIWZ wymagania i metody wykonania zamówienia, wskazał procesy unieszkodliwienia odpadów, sam oszacował ilości odpadów jakie muszą zostać wytworzone w wyniku procesu stabilizacji odpadów zanieczyszczonej stłuczką szklaną ziemi. Zamawiający w szczególności wskazał ilość odpadu o kodzie 190304* (odpad niebezpieczny częściowo stabilizowany), jaki wykonawca musi wytworzyć w procesie stabilizacji.

Wobec szczegółowych dyspozycji Zamawiającego co do sposobu zrealizowania zamówienia, niemożliwe wydaje się Odwołującemu wykazanie przez jednego z Wykonawców oszczędności w metodzie wykonania zamówienia, czy zastosowania innych metod zagospodarowania odpadów (Zamawiający nie dopuścił innych metod), niż wskazane w SIWZ.

Odwołujący zauważał, iż Zamawiający zażądał od Wykonawców podania ceny ryczałtowej za wykonanie zadania. Zatem Wykonawca musi liczyć się ryzykiem wykonania prac dodatkowych, tj. dodatkowego, ponad 1m, wybrania i unieszkodliwienia ziemi po zdemontowaniu płyt betonowych. Co istotne ten etap zadania tj. wybranie gruntu i ewentualne przeprowadzenie dodatkowego procesu immobilizacji, spod płyt betonowych poniżej 1 m, uzależniony jest od wykonania badań gruntu i określenia stopnia jego skażenia. Odwołujący szacował niezbędne, minimalne koszty realizacji zamówienia w następujący sposób:

Opłata marszałkowska	302 015 (bez VAT)
Zakup surowców	110 000
Transport odpadów	423 467
Roboty budowlane	50 000
Analizy laboratoryjne	10 000
- w sumie (1):	895 482
Cena przyjęcia na składowisko odpadów niebezpiecznych - min. 200 zł/1 Mg (2)	773 920
Razem (1) i (2):	1 669 402 zł netto, tj. 1 802 954,16 brutto

Tymczasem cena oferty Konsorcjum wynosi 1.340.992, 80 zł brutto.

W ocenie Odwołującego w ofercie Konsorcjum została przyjęta zbyt niska cena składowania odpadów, na poziomie znacznie odbiegającym od ceny rynkowej tj. ok. 100

złotych/Mg, podczas gdy cena rynkowa jest co najmniej 2-3 krotnie wyższa (Odwołujący podnosił, że sam posiada składowisko odpadów niebezpiecznych, więc ceny rynkowe są mu znane).

Brak także oszacowania kosztów, które mogą wystąpić w związku z koniecznością wybrania większej ilości zanieczyszczonej ziemi (kod 170503*) spod betonowych płyt. Wybranie ziemi wiąże się z dodatkowymi kosztami transportu, ewentualnej immobilizacji ziemi, składowania odpadów na składowisku odpadów, uiszczenia wysokiej opłaty marszałkowskiej z tego tytułu. Dodać należy, że opłata ta w roku 2013 ulegnie zwiększeniu o ok. 3 % w stosunku do roku 2012, obecnie wynosi 151,69 zł/ za 1 Mg odpadu umieszczonego na składowisku odpadów.

W konsekwencji powyższego wyводу, Odwołujący stwierdzał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Hydrogeotechnika jest rażąco niska. Chyba, że – zauważał Odwołujący - Konsorcjum w związku z udziałem jednego z Konsorcjantów w przygotowaniu postępowania dysponowało dodatkowymi informacjami, niezawartymi w SIWZ, a więc niedostępnymi dla pozostałych wykonawców, dzięki którym mogło bezpiecznie skalkulować niższe koszty wykonania zamówienia, a w konsekwencji zaoferować cenę niższą od pozostałych oferentów.

W ocenie Odwołującego wątpliwości budzi również, dlaczego Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wyjaśnień co do ceny. Wezwanie takie skierowano jedynie do oferenta, który złożył najtańszą ofertę, którą to ofertę Zamawiający następnie odrzucił właśnie z uwagi na rażąco niską cenę. Tyle tylko, że obie oferty, w przeciwieństwie do pozostałych zawierały cenę znacząco niższą od wartości szacunkowej określonej przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w opisanych wyżej okolicznościach Zamawiający powinien co najmniej wezwać Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny, aczkolwiek jak wskazano wyżej uzasadnione byłoby odrzucenie oferty bez takiego wezwania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego - wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wskazał, co następuje:

1. Odnosząc się do zarzutu udziału Lidera Konsorcjum Hydrogeotechnika w przygotowaniu postępowania, który miał wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Zamawiający wyjaśnił, że w październiku 2011 r. zlecił firmie Hydrogeotechnika Sp. z o.o. opracowanie dokumentacji pn. „Przeprowadzenie analizy zanieczyszczenia środowiska w związku z zaleganiem w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5 odpadów stłuczki szklanej ze szczególnym uwzględnieniem klasyfikacji występujących odpadów oraz określeniem metod ich zagospodarowania" w celu podjęcia działań zmierzających do zinwentaryzowania odpadów, zbadania ich składu fizyczno-chemicznego oraz określenia stopnia zagrożenia stłuczki szklanej dla środowiska naturalnego. Dane te miały stanowić bazę wyjściową do wskazania możliwości zagospodarowania odpadów, ich transportu oraz ewentualnej rekultywacji terenu po likwidacji stłuczki. Ponadto pozyskane dane posłużyły do aplikowania o środki z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (NFOŚiGW). Wskazana w opisie i przyjęta metoda zagospodarowania odpadów została przedstawiona Wojewodzie Dolnośląskiemu, zyskała ona akceptację Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (DWIOŚ) oraz została szczegółowo przedstawiona we wniosku do NFOŚiGW.

DWIOŚ przy piśmie z dnia 22 lutego 2012 r. o znaku: DW-DI.7021.74.2012, Ldz.483/2012 przedstawił m.in. informacje na temat wyników prowadzonych w 2005 i 2009 r. badań monitoringowych, które to, zgodnie z informacją DWIOŚ, są zbieżne w zakresie zawartości rtęci w glebie z wynikami badań gleby wykonanej przez firmę Hydrogeotechnika Sp. z o.o. w Kielcach. Inspektorat w swoim piśmie odniósł się również do zaproponowanej przez przedmiotową Spółkę metody unieszkodliwienia odpadów zawierających rtęć, jako gwarantującej unieszkodliwienie złożonych odpadów.

Powyższe opracowanie posłużyło Zamawiającemu głównie do oceny stopnia zagrożenia znajdujących się na działce nr 2/5 w Boguszowie-Gorcach odpadów stłuczki szklanej dla środowiska naturalnego (zasięgu oddziaływania rtęci na glebę pod i w otoczeniu przyzmy).

Przedmiotowe opracowanie nie stanowiło załącznika do SIWZ, to znaczy nie zostało wykorzystane przez Zamawiającego bez jego istotnej ingerencji, lecz posłużyło pomocniczo Zamawiającemu do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający samodzielnie sporządził opis przedmiotu zamówienia, zawierający co prawda dane z opracowania, lecz również pewne bardzo istotne warunki realizacji zamówienia takie jak etapowanie prac, konieczność przekazania przez Wykonawców kart przekazania odpadów. Zamawiający w sposób przemyślany połączył dane z opracowania z własnymi założeniami, czego wynikiem było uzyskanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Z opisu tego wynikał pełen zakres usługi i warunki jej realizacji (co potwierdza sam Odwołujący - str. 9 odwołania „Zamawiający (...) precyzyjnie określił w SIWZ wymagania i metody wykonania zamówienia, wskazał procesy unieszkodliwiania odpadów, sam

oszacował ilości odpadów jakie muszą zostać wytworzone w wyniku procesu stabilizacji odpadów zanieczyszczonej słuczką szklaną ziemi").

Zamawiający przytaczał treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i wskazywał, że przepis ten uzależnia zastosowanie przewidzianej w nim sankcji przede wszystkim od wykazania bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z przygotowaniem danego postępowania, a nie udziału w czynnościach, które pozostają jedynie w związku z prowadzonym postępowaniem, podczas gdy cel ich wykonania nie był z prowadzonym postępowaniem bezpośrednio powiązany. Niezbędne jest, aby rezultat prac przygotowawczych na potrzeby danego postępowania był bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiając podnosił, że bezpośredni charakter prac musi mieć wpływ na wynik postępowania i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wobec tego, sam fakt nawet stwierdzenia bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie jest wystarczającą podstawą do wykluczenia Wykonawcy (co zauważył sam Odwołujący w odwołaniu).

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego wykorzystanie przedmiotowej „Analizy...” nie stanowi bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z prowadzonym postępowaniem pn. Likwidacja odpadów słuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7.

Ponadto, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Zamawiający zobowiązany jest również do przeanalizowania, czy udział Wykonawcy w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję (oczywiście przy równoczesnym zaistnieniu pozostałych przesłanek), ponieważ sam fakt uczestnictwa w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie może stanowić podstawy do wykluczenia.

Zamawiający zauważał, iż zaistnienie utrudnienia uczciwej konkurencji trzeba odnieść do konkretnego przypadku. Należy zatem wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania, daje Wykonawcy przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji pozyskanych przez Wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty.

Wykonawca, który uczestniczył w opracowaniu dokumentacji wykorzystanej następnie do opisu przedmiotu zamówienia nie podlega wykluczeniu, jeżeli informacje, do których miał dostęp, zostały udostępnione do wykorzystania dla wszystkich potencjalnych Wykonawców oraz gdy jednocześnie nie miał on wiedzy o podmiocie zamawiającym i jego oczekiwaniach (np. dokumentacja nie zawierała żadnych szczegółowych informacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu).

Zamawiający potwierdzał, że w trakcie prowadzonego postępowania Wykonawcy niejednokrotnie występowali do Zamawiającego o udostępnienie opracowania i badań terenu. Zamawiający odmawiał wglądu w dokumenty z powodu tego, że liczne pytania Wykonawców sugerowały próby podważania przyjętej metody sposobu wykonania zamówienia i poddawały w wątpliwość konieczność zastosowania procesu immobilizacji, co powodowało, że dokumentacja stała się meritum sprawy, a nie przedmiot zamówienia. Niemniej jednak dokonywano wszelkich starań celem udzielenia wyczerpujących odpowiedzi, niejednokrotnie zawierających fragmenty treści opracowania.

Jednak aby sprostać oczekiwaniom Wykonawców i znieść podejrzenie „sugerowanej tajemnicy”, Zamawiający po uprzednim uzyskaniu zgody SGS EKO-PROJEKT Sp. z o.o. w Pszczynie oraz Hydrogeotechnika Sp. z o.o. Kielce na udostępnienie dokumentacji wraz z załączonymi do niej wynikami badań wyraził wolę udostępnienia jej wszystkim potencjalnym uczestnikom postępowania. Niemniej jednak powyższe nie stanowiło modyfikacji SIWZ, która ewentualnie mogłaby spowodować konieczność przedłużenia terminu składania ofert a jedynie stanowiła odpowiedź na kolejne z pytań Wykonawcy. Powyższego zarówno pozostali Wykonawcy jak i Odwołujący, na ówczesnym etapie postępowania, nie kwestionowali.

W związku z powyższym firma Hydrogeotechnika Sp. z o.o. nie dysponowała innymi danymi, niż pozostali Wykonawcy. Udział w przedmiotowym postępowaniu firmy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. jako Lidera konsorcjum nie utrudnił konkurencji, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu - z uwagi na opracowanie dokumentacji - nie była korzystniejsza od innych Wykonawców w nim uczestniczących, albowiem pozostali Wykonawcy wszelkie informacje o przedmiocie zamówienia czerpali ze SIWZ. W związku z takim stanem faktycznym, zdaniem Zamawiającego, również nie zachodzi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych przez Odwołującego.

Zamawiający nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu Wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaze, iż Wykonawca ten odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Tu na uwagę zasługuje fakt, iż oferta Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wielkopolski nie zawierała najniższej ceny. Z samego udziału Wykonawcy w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania i to nawet w sposób bezpośredni nie wynika domniemanie prawne, że Wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania. Tego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie potrafił wykazać i w związku z takim stanem faktycznym, zdaniem Zamawiającego, nie zaszła przesłanka

opisana w art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył odpisy następujących dokumentów:

- umowa nr 60.SZP.273.9.39.2011 z dnia 03.10.2011 r.
- dokumentacja pn. „Przeprowadzenie analizy zanieczyszczenia środowiska w związku z zaleganiem w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5 odpadów stłuczki szklanej ze szczególnym uwzględnieniem klasyfikacji występujących odpadów oraz określeniem metod ich zagospodarowania"
- zgoda firmy SGS EKO-PROJEKT Sp. z o.o. w Pszczynie oraz Hydrogeotechnika Sp. z o.o. Kielce na udostępnienie dokumentacji wraz z załączonymi do niej wynikami badań.

2. Odnosząc się do zarzutu niewykazania przez Konsorcjum spełnia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wskazując, że będzie on spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że posiada aktualną decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami lub program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, z uwzględnieniem transportu i unieszkodliwiania odpadów, w trybie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach /tekst jednolity z 2010 r.: Dz. U. nr 185, poz.1243 zpóź.zm./, dla odpadów objętych powyżej opisanym zakresem prac. Zakres opisanych prac obejmuje gospodarowanie odpadami o kodach: 17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie zawierające substancje niebezpieczne w ilości 2178 Mg (na przyzmię)

17 01 06* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne w ilości 290,4 Mg (płyty betonowe)

17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) w ilości 979,2 Mg (pod płytami)

19 03 04* - odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane w ilości ok. 2600 Mg (po immobilizacji)

Zamawiający podawał, że zgodnie z opisem zamówienia, zadanie obejmuje:

1. ETAP I

- a) przeprowadzenie procesu immobilizacji gleby i ziemi wymieszanej z zanieczyszczoną stłuczką - odpad o kodzie 17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie zawierające substancje niebezpieczne w ilości 2178 Mg; przedłożenie karty przekazania odpadu 17 05 03*,
- b) wykonanie stosownych badań laboratoryjnych potwierdzających powstanie odpadu niebezpiecznego o kodzie 19 03 04* odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane w ilości ok. 2600 Mg i przekazanie go (w tym transport) uprawnionej firmie posiadającej stosowne

zezwolenie w zakresie gospodarki w/w odpadami; przedłożenie kart przekazania odpadu 19 03 04* uprawnionej firmie.

2. ETAP II

a) usunięcie płyt betonowych, na których zdeponowano odpady stłuczki - odpad o kodzie 17 01 06* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne w ilości 290,4 Mg oraz, po wykonaniu stosownych badań, złożenie ich (w tym transport) na składowisku odpadów niebezpiecznych; przedłożenie kart przekazania odpadu 17 01 06* na składowisko odpadów,

b) usunięcie gruntu znajdującego się bezpośrednio pod betonowymi płytami (17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) w ilości 979,2 Mg; przedłożenie kart przekazania odpadu 17 05 03* na składowisko odpadów.

Po usunięciu płyt betonowych, należy wykonać badania laboratoryjne w/w gruntu na zawartość rtęci i kadmu oraz pod kątem dopuszczalnych granicznych wartości wymywania dla odpadów składowanych na składowisku odpadów niebezpiecznych. Dalszy sposób postępowania z odpadem zależy od otrzymanych wyników badań. W przypadku wyników badań nie przekraczających dopuszczalnych granicznych wartości wymywania (ciecz/faza stała) dla odpadów składowanych na składowisku odpadów niebezpiecznych, odpad należy przewieźć i zdeponować na najbliższym składowisku odpadów niebezpiecznych. Natomiast w przypadku gdy uzyskane wyniki będą przekraczały dopuszczalne graniczne wartości wymywania (ciecz/faza stała) dla odpadów składowanych na składowisku odpadów niebezpiecznych, zanieczyszczoną ziemię należy w pierwszej kolejności poddać procesowi immobilizacji rtęci.

Zatem, jak słusznie – zdaniem Zamawiającego - zauważył sam Odwołujący, zadanie obejmuje, definiowane w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach wytwarzanie, transport i unieszkodliwianie odpadów objętych przedmiotem zamówienia tj.: o kodach 17 05 03*, 17 01 06*, 19 03 04*.

Analizując przedłożone do ofert Konsorcjum Hydrogeotechnika i Odwołującego decyzje (w odpowiedzi na odwołanie zamieszczono tabelę porównawczą) oraz zapisy przywołanej ustawy Zamawiający stwierdził, że obaj wykonawcy posiadają stosowne decyzje i spełniają wymogi SIWZ. (na rozprawie zmodyfikował swoje stanowisko w tym zakresie, podnosząc, że gdyby ściśle rozpatrywać decyzje załączone do ofert, to również należałoby uznać, że Odwołujący nie spełnia wymagań co do uprawnień z powodu ograniczenia ilościowego w jednej z decyzji).

Do wytwarzania odpadu 19 03 04* upoważnia Spółkę Hydrogeotechnika Sp. z o.o. decyzja Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z dnia 17 października 2012 r. o znaku:

OWŚVII.7240.1.33.2012. Zamawiający nie żądał przedłożenia decyzji na wytworzenie odpadu o wspomnianym powyżej kodzie w wyniku procesu immobilizacji. Potwierdzeniem powstania odpadu niebezpiecznego o kodzie 19 03 04* (odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane), zgodnie z opisem zadania, jest wykonanie stosownych badań laboratoryjnych przez jednostkę akredytowaną. Zatem należało uznać posiadanie przez Wykonawcę aktualnej decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami lub program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, z uwzględnieniem transportu i unieszkodliwiania odpadów, w trybie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, dla odpadów objętych powyżej opisanym zakresem prac.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosi, że poddał szczegółowej analizie przepisy ustawy o odpadach, powołuje się na m.in. art. 28 ust. 9 (uzyskanie zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, nie dotyczy wytwórcy odpadów, który zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia lub transportuje wytworzone przez siebie odpady) oraz art. 25 ust. 1, 2 i 3 (1. Wytwórca odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami innemu posiadaczowi odpadów. 2. Posiadacz odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowanie odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania zezwolenia. 3. Jeżeli posiadacz odpadów, w tym wytwórca odpadów, przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który ma zezwolenie właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów lub koncesję na składowanie odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych, posiada decyzję, o której mowa w art. 31 lub w art. 32, lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 33 ust 5, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów.), oraz postanowienia zawarte w poszczególnych decyzjach załączonych do oferty (odpady przekazywane będą uprawnionym odbiorcom do odzysku lub unieszkodliwienia; odpady ... przekazywać do odzysku lub unieszkodliwiania podmiotom posiadającym na taką działalność stosowne zezwolenie ...; odzysk lub unieszkodliwianie winny być dokonywane przez podmioty posiadające stosowne uprawnienia w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów; wytworzone odpady ... będą poddawane w pierwszej kolejności procesowi odzysku lub, w przypadku braku możliwości ich odzysku, procesowi unieszkodliwiania na własnych instalacjach, zgodnie z posiadanymi zezwoleniami (pozwoleniami) lub przekazywane do odzysku/unieszkodliwiania innym posiadaczom odpadów, posiadającym stosowne zezwolenia (pozwolenia) właściwego organu na gospodarowanie tymi odpadami...), a także oświadczenia w ofercie o możliwości współpracy z podwykonawcami, za spełnione uznano warunki przedłożenia przez pozostałych Wykonawców decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami lub program gospodarki odpadami niebezpiecznymi, z uwzględnieniem transportu i unieszkodliwiania odpadów, w trybie

przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach /tekst jednolity z 2010r.: Dz. U. nr 185, poz.1243 z póź.zm./, dla odpadów objętych powyżej opisanym zakresem prac.

Zarzut nie zachowania należytej staranności przy badaniu pozostałych ofert jest, zdaniem Zamawiającego, bezzasadny.

3. Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający podnosił:

Zdaniem Odwołującego uzasadnione byłoby odrzucenie oferty Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wielkopolski bez wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do ceny.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, gdyż Prawa zamówień publicznych obliguje Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 - 3 do przeprowadzenia tzw. „postępowania wyjaśniającego”. Jeżeli Zamawiający ma wątpliwości, iż cena wskazana w ofercie może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wówczas wzywa Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2012 r. dokonał takiego wezwania w stosunku do dwóch Wykonawców (Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wielkopolski oraz Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. ul. Hauke Bosaka 3A, 35-214 Kielce i EKRO Sp. z o.o. ul. Chrobrego 32/23, 62-200 Gniezno).

Konsorcjum: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wielkopolski złożyło wyjaśnienia w wyznaczonym terminie, a w dalszej kolejności Zamawiający uznał zasadność przedstawionych dowodów i stwierdził, że oferta (w takim stanie faktycznym) nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym Odwołujący mija się z prawdą twierdząc, iż tylko Wykonawca, który zaproponował najniższą cenę, tj. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Geologiczne Sp. z o.o. ul. Hauke Bosaka 3A, 35-214 Kielce i EKRO Sp. z o.o. ul. Chrobrego 32/23, 62-200 Gniezno został wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień dot. podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny zdaniem Zamawiającego jest bezzasadny.

Dodatkowo Zamawiający wskazywał, iż celem przedsięwzięcia jest likwidacja odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7. Cel ten jest zgodny z celami Programu Priorytetowego - dotyczy likwidacji negatywnego oddziaływania na środowisko odpadów niebezpiecznych

określonych przez GIOS, jako „bomby ekologiczne” stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska.

Historia „stłuczki” sięga kwietnia 1990 r., kiedy to Rzeszowskie Zakłady Lamp Wyładowczych w likwidacji "Połam - Rzeszów", jako zleceniodawca, zawarły z Zakładem Utylizacji Odpadów Przemysłowych "Almet" we Wrocławiu umowę, dotyczącą realizacji zagospodarowania przez zleceniobiorcę odpadów poprodukcyjnych "Połamu-Rzeszów" w postaci stłuczki szklanej zawierającej rtęć.

W czerwcu 1990 r. firma "Almet" przywiozła z województwa rzeszowskiego ponad 1600 ton stłuczki rtęciowej i złożyła ją na terenie Kopalni Barytu "Boguszów" w Boguszowie Gorcach. Już w czasie trwania przewozu rozpoczęto przemiał stłuczki w urządzeniach technologicznych kopalni. Od początku, zarówno przewóz, złożenie jak i przemiał tego odpadu były nielegalne, nie zostały nigdy uzgodnione ze służbami ochrony środowiska.

W lipcu 1990 r. Burmistrz Miasta Boguszów Gorce powiadomił o przemiale stłuczki Ośrodek Badań i Kontroli Środowiska w Wałbrzychu, który po przeprowadzeniu kontroli w Kopalni oraz pobraniu prób mielonej stłuczki, wydał decyzję nakazującą, ze skutkiem natychmiastowym, zaprzestania przemiału stłuczki szklanej przez Kopalnie Barytu.

Ogółem zmielono 800 ton stłuczki, którą następnie przewieziono do Wrocławia i złożono na placu zakładowym "Almetu". Pozostała, niezmielona stłuczka rtęciowa, wg ówczesnych szacunków w ilości 837 ton, po wielu zabiegach została uformowana, na betonowym podłożu, w pryzmie o kształcie ściętego stożka, którego boki obłożono dla izolacji szlamem barytowym i przykryto folią. Zabezpieczenie wierzchowiny folią okazało się niedostateczne, gdyż wichury jakie występują w tych okolicach zerwały folię.

Na Kopalni zostały nałożone wysokie dobowe kary pieniężne za złożenie w miejscu na ten cel nie przeznaczonym i przetrzymywanie na terenie zakładu stłuczki szklanej zawierającej rtęć, jednak żadna kwota nie została z Kopalni ściągnięta. Proces karny przeciwko dyrektorowi Kopalni i właścicielowi "Almetu", jaki odbył się przed sądem, zakończył się wyrokiem uniewinniającym.

W 1993 r. Kopalnia Barytu "Boguszów" znalazła się w stanie upadłości. Cały proces postępowania mający na celu unieszkodliwienie bądź też usunięcie rtęciowej stłuczki został skierowany do Syndyka masy upadłościowej. Wielokrotnie Syndyk był zobowiązany, przez instytucje ochrony środowiska, do zabezpieczenia pryzmy stłuczki szklanej przed jej oddziaływaniem na środowisko, jak również do podjęcia działań zmierzających do rozwiązania problemu stłuczki. Jednak pomimo wielu upomnień i zaleceń pokontrolnych nie podjęto żadnych działań w okresie prowadzenia upadłości. * Dopiero w marcu 1998 r. Syndyk wystąpił do Burmistrza Boguszowa Gorc o akceptację i zgodę władz lokalnych na budowę mogielnika w miejscu składowania stłuczki.

W kwietniu 1998 r. w przedmiotowej sprawie wypowiedziała się Państwowa Inspekcja Ochrony Środowiska WIOŚ w Wałbrzychu, która jednoznacznie stwierdziła, że miejsce budowy mogielnika wskazane przez Syndyka nie nadaje się do tego celu, chociaż sama koncepcja budowy takiego mogielnika, do którego będzie złożona zneutralizowana siarką stłuczka rtęciowa, jest prawidłowa i zgodna z propozycjami wysuwanymi od lat przez służby ochrony środowiska, pod warunkiem właściwej lokalizacji tego obiektu.

W styczniu 1999 r. Burmistrz Miasta Boguszowa Gorce przesłał do Prokuratury Rejonowej w Wałbrzychu doniesienie o popełnieniu przestępstwa przez Syndyka masy upadłościowej Kopalni Barytu "Boguszków" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości, poprzez składowanie na terenie kopalni bez zabezpieczenia stłuczki szklanej z zawartością rtęci.

Po zebraniu kompletnej dokumentacji i przeprowadzeniu dochodzenia ustalono, że Syndyk masy upadłościowej nie jest właścicielem przedmiotowej stłuczki jako masy spadkowej i z tej też racji nie może masą dysponować jako mieniem upadłego. W skład masy upadłościowej po byłej Kopalni Barytu wchodziły jedynie nieruchomości i grunt, na którym jest stłuczka. Natomiast sama stłuczka stanowiła własność Pana Romana F. z Zakładu Utylizacji Odpadów Przemysłowych, który był zobowiązany prawomocnym wyrokiem Sądu do usunięcia składowanej stłuczki. Na ówczesnym etapie sprawę można było rozstrzygnąć na drodze powództwa cywilnego, gdzie Syndyk masy upadłości mógł wymusić usunięcie odpadów stłuczki szklanej przez Pana Romana F. Postępowanie upadłościowe Spółki zakończono 21 grudnia 2000 r. (sygn. akt VI U 10/97).

Przedstawiony powyżej przebieg spraw nadal nie rozstrzygnął problemu zdeponowanej stłuczki rtęciowej zalegającej na działce nr 2/5 w Boguszowie Gorcach, stanowiącej własność Skarbu Państwa, a decyzją nr 4 z dnia 23 marca 2009 r. Pan A..... D..... Dyrektor Delegatury we Wrocławiu, działając w imieniu Ministra Skarbu Państwa, przekazał do zasobu nieruchomości Skarbu Państwa nieruchomość położoną w Boguszowie Gorcach (wraz z protokołem zdawczo - odbiorczym¹) w zasoby nieruchomości Skarbu Państwa przekazano działkę nr 2/5 w Boguszowie Gorcach wraz ze znajdującą się na niej stłuczka szklaną.

Przy piśmie z dnia 4 lutego 2009 r., Wydział Gospodarki Nieruchomościami Starostwa Powiatowego w Wałbrzychu, jako gospodarujący mieniem Skarbu Państwa, wystąpił do Wojewody Dolnośląskiego o zabezpieczenie wstępne środków finansowych na usunięcie przedmiotowych odpadów. W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 13 lutego 2009 r. Wojewoda Dolnośląski poinformował o braku środków w budżecie na powyższe zadanie oraz wskazał potencjalne źródło finansowania w/w zadania ze środków NFOŚiGW.

Dopiero przy piśmie o znaku FB-BP.3111.5.2012, KW.29880.2012 z dnia 28.06.2012 r. (wpływ 02.07.2012 r.) Wojewoda Dolnośląski poinformował o zwiększeniu planu dotacji przekazywanych z budżetu państwa na w/w zadanie (20% dofinansowania zadania).

Powyższe zostało uwzględnione w budżecie Powiatu - Uchwała Nr 107/2012 Zarządu Powiatu Wałbrzyskiego z dnia 12 lipca 2012 roku w sprawie zmian w budżecie na 2012 rok. Powyższe dało możliwość złożenia przy piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. do Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie, wniosku o dofinansowanie przedsięwzięcia pn.: „Likwidacja odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7”, znajdującego się w wykazie określonym przez GIOŚ jako „bomby ekologiczne” -DliOŚ, 08.12.2008 r. - poz. 2 tabeli B. Powyższy wniosek został pozytywnie zaopiniowany i przedmiotowe zadanie uzyskało 80% dofinansowania z NFOŚiGW.

Sprawę zalegania odpadów stłuczki szklanej od 20 lat monitują dziennikarze z terenu województwa oraz organizacja ekologiczna, która skierowała skargę do Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dnia 24 kwietnia 2008 r.

Z uwagi na wspomnianą skargę oraz ważny interes społeczny o kolejnych etapach prowadzonego postępowania informowane są organy związane z ochroną środowiska jak również instytucje m.in. Pełnomocnik Terenowy Rzecznika Praw Obywatelskich, Wojewoda Dolnośląski, Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Ministerstwo Środowiska Departament Gospodarki Odpadami, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska Departament Inspekcji i Orzecznictwa, Burmistrz Miasta Boguszów-Gorce.

Zdaniem Zamawiającego, odwołanie Konsorcjum: Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. ul. Sulańska 11, 62-510 Konin, INTEREKO Sp. z o.o. ul. 10 Sudeckiej Dywizji Zmechanizowanej 4, 45-828 Opole, jak wykazano na wstępie, jest bezzasadne, a przede wszystkim może uniemożliwić realizację zadania, które od ponad 20 lat nie było tak bliskie zakończeniu. „Opóźnienie” spowodowane wniesionym odwołaniem stanowi zagrożenie przeprowadzenia I etapu zadania (planowane zakończenie zgodnie z umową 15.12.2012 r.), co w następnej kolejności może skutkować brakiem możliwości wykorzystania do końca bieżącego roku (warunek uzyskania dotacji) dotacji Wojewody Dolnośląskiego, będącej 20% wkładem do dofinansowania z NFOŚiGW. Powyższe może pociągnąć za sobą konieczność unieważnienia umowy dofinansowania przez NFOŚiGW wniosku nr 1010/2012 „Likwidacja odpadów stłuczki szklanej z zawartością rtęci zalegających w Boguszowie-Gorcach na działce nr 2/5, obręb Kuźnice 7”. Utrata pozyskanych środków po raz kolejny pozostawi problem stłuczki nierozwiązanym.

W związku z powyższym, Zamawiający wnosił o wyznaczenie pilnego terminu rozpatrzenia złożonego przez Odwołującego odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałyby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 września 2012 r., otwarcie ofert odbyło się 30 października 2012 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 listopada 2012 r., w dniu 8 listopada 2012 r. przesłał Odwołującemu informację o dokonanych wyborze pocztą elektroniczną (zgodnie z dokumentacją postępowania, kopia w aktach sprawy). Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 listopada 2012 r. Ponieważ odwołanie zawierało braki formalne, Odwołujący był wzywany do ich uzupełnienia, co uczynił w dniu 24 listopada 2012 r. Po uzupełnieniu braków formalnych jest wyznaczany skład orzekający, co nastąpiło w dniu 26 listopada 2012 r. Skład orzekający wyznaczył posiedzenie z udziałem Stron na dzień 30 listopada 2012 r., tj. w pierwszym możliwym terminie. Zamawiający nie wnioskował o uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przekonanie Zamawiającego, że odwołanie jest bezzasadne, „a przede wszystkim może uniemożliwić realizację zadania” nie tamuje rozpoznania przez Izbę odwołania zgodnie z przepisami i nie może wpływać na rozstrzygnięcie; na stanowisko Izby również nie może wpłynąć rys historyczny udzielenia zamówienia, szeroko opisany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający powinien planować terminy realizacji zamówienia z uwzględnieniem ewentualności skorzystania przez wykonawców z przysługujących im środków ochrony prawnej. Od momentu wniesienia odwołania do momentu wydania rozstrzygnięcia upłynęło 11 dni.

2. Wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, ustalono na kwotę 2 898 920,00 zł („wartość zamówienia została ustalona w dniu 18.09.2012 r. na podstawie

rozeznania cenowego, analizy rynku, internetu” – protokół postępowania, druk ZP-PN, pkt 3). Przed otwarciem postępowania Zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. kwotę 3 565 671,60 zł, (zgodnie z protokołem postępowania, pkt 8).

3. W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami:

- 916 920,00 zł (oferta odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie złożono żadnych wyjaśnień),
- 1 340 992,80 zł (oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim – dalej: Konsorcjum Hydrogeotechnika, uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą),
- 2 234 735,57 zł (oferta złożona przez Odwołującego),
- 2 322 000,00 zł,
- 2 699 347,68 zł.

4. Nie było sporne, że jeden z partnerów Konsorcjum Hydrogeotechnika (Hydrogeotechnika Sp. z o.o.) przygotowało w listopadzie 2011 r. na zlecenie Zamawiającego (umowa z dnia 3 listopada 2011 r., bez zastosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, zgodnie z art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych) dokument zatytułowany „Analiza zanieczyszczenia środowiska spowodowana składowaniem odpadów stłuczki szklanej na działce nr 2/5 w Boguszowie-Gorcach”. Przedmiotem tego opracowania był m.in. wybór metody unieszkodliwienia odpadów - spośród metod dostępnych wybrano metodę „immobilizacji rtęci przez przeprowadzenie jej w siarczki rtęci”. Dokonano w nim również oszacowania wartości zamówienia – na kwotę 2 898 920,00 zł. Do analizy załączono sprawozdania z badań wykonanych przez SGS EKO PROJEKT Sp. z o.o. w Pszczynie.

W toku postępowania, po opublikowaniu SIWZ, wykonawcy kilkakrotnie wnioskowali o ujawnienie Analizy i wyników dokonanych już badań. I tak, pytającego wykonawcę interesowały analizy ziemi w kierunku substancji niebezpiecznych i ewentualna możliwość bezpośredniego unieszkodliwiania zanieczyszczonej ziemi na składowisku odpadów niebezpiecznych. Zamawiający odmawiał odpowiedzi na powyższe pytania, wskazując, że „badania nie zostaną udostępnione” (odpowiedź nr 1 i 2 z dnia 3 października 2012 r.), jednocześnie wskazując, że „opis przedmiotu zamówienia kierowany jest do profesjonalistów, którzy wyrażają wolę wykonania zamówienia”.

Zamawiający w dniu 9 października 2012 r. wszczął korespondencję z Hydrogeotechniką Sp. z o.o. i SGS EKO PROJEKT Sp. z o.o. w celu udzielenia przez nie

zgody na udostępnienie analizy i sprawozdań z badań w toku postępowania odwoławczego - SGS EKO PROJEKT Sp. z o.o. wskazała, że o taką zgodę należy wystąpić do bezpośredniego wykonawcy umowy; w dniu 9 października 2012 r. Hydrogeotechnika Sp. z o.o. taką zgodę udzieliła (na podstawie wydruku z korespondencji mailowej, załączonego do odpowiedzi na odwołanie).

W dniu 10 października 2012 r. udostępnił Analizę do wglądu w swojej siedzibie.

5. Na pytanie wykonawcy „Aby prowadzić proces stabilizacji i immobilizacji wykonawca musi posiadać stosowne pozwolenia lub decyzję oraz instalację na prowadzenie ww procesu. Czy Zamawiający w związku z powyższym dopuszcza immobilizację i stabilizację zanieczyszczonej ziemi na instalacji, którą dysponuje wykonawca w miejscu prowadzenia działalności”, Zamawiający w dniu 3 października 2012 r. udzielił odpowiedzi „Proces immobilizacji ma na celu przygotowanie odpadów do dalszego unieszkodliwiania tych odpadów (składowania na składowisku odpadów niebezpiecznych) i proces ten będzie kwalifikowany jako jeden z procesów unieszkodliwiania, na które wymagane jest zezwolenie/decyzja oraz instalacja. Zatem dopuszcza się przeprowadzenie immobilizacji na instalacji w miejscu prowadzenia działalności przez wykonawcę, zgodnie z posiadana przez niego decyzją”. (odpowiedź nr 3 i 4). Na pytanie „Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w zakresie prac etap I w punkcie b określa >>wykonanie stosownych badań laboratoryjnych potwierdzających powstanie odpadu o kodzie 19 03 09<<. Czy Zamawiający może dokładnie określić zakres badań, które spełniać będą warunki SIWZ” Zamawiający udzielił odpowiedzi (odpowiedź nr 5), że badania należy wykonywać zgodnie z przepisami (przywołał Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 września 2005 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu).

6. Wynagrodzenie za przedmiot zamówienia było ryczałtowe. Na pytanie, czy i jak Zamawiający zamierza uwzględnić większą ilość wytworzonych odpadów w trakcie realizacji prac, Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „ryzyko zbyt niskiego ryczałtu ponosi wykonawca” (odpowiedź nr 6 z 3 października 2012 r.).

7. Zamawiający opisał sposób oceny spełnienia warunków udziału w sposób następujący: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania - warunek powyższy zostanie przez Zamawiającego uznany za spełniony jeśli wykonawca wykaże, że posiada aktualną decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami lub program gospodarki odpadami

niebezpiecznymi, z uwzględnieniem transportu i unieszkodliwiania odpadów, w trybie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity z 2010 r.: Dz. U. nr 185, poz. 1243 z późn. Zm.), dla odpadów objętych powyżej opisanym zakresem prac (pkt III.2.1).1 ogłoszenia o zamówieniu i strona 2 SIWZ, w brzmieniu po zmianie z 3 października 2012 r.). Przedmiot zamówienia opisano następująco:

etap I

1. przeprowadzenie procesu immobilizacji gleby i ziemi wymieszanej z zanieczyszczoną stłuczką - odpad o kodzie 17 05 03* - gleba i ziemia, w tym kamienie zawierające substancje niebezpieczne w ilości 2178 Mg, przedłożenie karty przekazania odpadu o kodzie 170503* (zmieniony przez Zamawiającego pismem w dniu 3 października 2012r.)

2. wykonanie stosownych badań laboratoryjnych potwierdzających powstanie odpadu niebezpiecznego o kodzie 19 03 04* odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane w ilości ok. 2600 Mg i przekazanie go (w tym transport) uprawnionej firmie posiadającej stosowne zezwolenie w zakresie gospodarki w/w odpadami oraz przedłożenie kart przekazania odpadu 19 03 04* uprawnionej firmie.

etap II

3. usunięcie płyt betonowych, na których zdeponowano odpady stłuczki odpad o kodzie 17 01 06* - zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne w ilości 290,4 Mg oraz, po wykonaniu stosownych badań, złożenie ich (w tym transport) na składowisku odpadów niebezpiecznych i przedłożenie kart przekazania odpadu 17 01 06* na składowisko odpadów,

4. usunięcie gruntu znajdującego się bezpośrednio pod betonowymi płytami (17 05 03 * - gleba i ziemia, w tym kamienie, zawierające substancje niebezpieczne) w ilości 979,2 Mg, przedłożenie kart przekazania odpadu 17 05 03* na składowisko odpadów.”

(zgodnie z pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu, zatytułowanym „Krótki opis zamówienia lub zakupu” oraz strona 1 SIWZ: „Zamówienie obejmuje [j.w.], z zastrzeżeniem, że „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ/umowy”).

8. Do dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami, Zamawiający zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z wnioskiem o udzielenie stosownych

wyjaśnień. Jeden z nich nie złożył żadnych wyjaśnień i Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Konsorcjum Hydrogeotechnika w wyjaśnieniach z 6 listopada 2012 przedstawiło „czynniki, które pozwoliły Konsorcjum na zaoferowanie konkurencyjnej ceny:

- Zawarcie w przedmiotowym postępowaniu konsorcjum pomiędzy firmą Hydrogeotechnika Sp. z o.o., posiadającą własne decyzje, technologie i instalacje do unieszkodliwienia odpadów – a wykonawcą ZUO Sp. z o.o., posiadającym własne składowisko odpadów.

Ustanowienie Konsorcjum pozwoliło całkowicie wyeliminować niezwykle istotny element kosztów, jakim są opłaty niezbędne do poniesienia w celu złożenia odpadów na składowisku oraz stawki za składowanie/unieszkodliwienie odpadów.

- Dysponowanie własnymi zapasami pyłu siarczanego niezbędnego do przeprowadzenia procesu immobilizacji odpadów zawierających rtęć, które pozostały z poprzednio realizowanych tego typu zamówień. Posiadane zapasy siarki są przechowywane w oryginalnych opakowaniach i w dalszym ciągu zachowują wymagane właściwości i parametry. Własne zapasy pozwoliły praktycznie wyeliminować koszty zakupu pyłu siarczanego, które niewątpliwie musiały ponieść inne firmy biorące udział w przedmiotowym postępowaniu.

- Wieloletnie doświadczenie w realizacji prac z zakresu gospodarki odpadami, w tym zamówień analogicznych do przedmiotowego postępowania.

Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oraz ZUO Sp. z o.o. są jednymi z pierwszych firm na polskim rynku, które jeszcze na początku lat 90-tych ubiegłego wieku zaczęły kompleksowo likwidować składowiska odpadów oraz zagospodarowywać odebrane odpady. W swej historii realizowały zadania częstokroć o znacznie bardziej skomplikowanym charakterze oraz znacznie większym zakresie niż przedmiotowe zamówienie. Przykładowo, Hydrogeotechnika Sp. z o.o. już w 2005 roku poprawnie zrealizowała duże zamówienie polegające na likwidacji i rekultywacji składowisk odpadów niebezpiecznych zawierającej rtęć na terenie powiatu rzeszowskiego (w trzech gminach), w ramach którego dokonała unieszkodliwienia kilku tysięcy ton ziemi zanieczyszczonej stłuczką szklaną metodą immobilizacji.

Doświadczenie to pozwoliło wypracować własne, skuteczne i sprawdzone metody działania, które umożliwiają sprawną i szybką reakcję na zagrożenia środowiskowe, perfekcyjną organizację pracy, przy jednoczesnym znacznym obniżeniu nakładów oraz poniesionych kosztów.

- Posiadanie wszelkich niezbędnych, własnych decyzji w zakresie wytwarzania, zbierania, unieszkodliwiania i transportu odpadów.

- Dysponowanie własnym sprzętem i potencjałem technicznym, takim jak: własne pojazdy przystosowane do transportu odpadów, własny sprzęt do robót ziemnych, własny sprzęt ochronny itp.
- Dysponowanie własną, wysoko wykwalifikowaną kadrą techniczną, obejmującą osoby posiadające uprawnienia z zakresu gospodarki odpadami, uprawnienia ADR, uprawnienia budowlane.
- Wieloletnia dobra współpraca z akredytowanymi laboratoriami badawczymi, która umożliwiła podpisanie korzystnych cenowo umów i wynegocjowanie niższych opłat niezbędnych do poprawnego zrealizowania usługi, takich jak ceny analiz laboratoryjnych.”

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba zauważyła, że Odwołujący nie ma legitymacji do podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, którzy złożyli oferty mniej korzystne, sklasyfikowane niżej w rankingu ofert, niż oferta Odwołującego (w tym postępowaniu – oferty z wyższymi cenami), ponieważ jeżeli nawet Zamawiający naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia tych wykonawców, to w wyniku tego zaniechania Odwołujący nie poniesie szkody, w szczególności – związanej z ewentualnym nieuzyskaniem danego zamówienia. Brak legitymacji z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych powoduje, że Odwołującemu nie przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej w powyższym zakresie, dlatego Izba nie rozpoznawała tak sformułowanych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu co do posiadanych uprawnień przez Konsorcjum Hydrogeotechnika, Izba stwierdziła, że zarzut nie może zostać uwzględniony, a to przez specyficzne określenie przez Zamawiającego opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być jasny i klarowny – wykonawcy już od chwili zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu powinni wiedzieć, jakie skonkretyzowane uprawnienia powinni posiadać, aby ubiegać się skutecznie o uzyskanie danego zamówienia. Wymogi Zamawiającego w tym zakresie powinny być wymienione enumeratywnie, objęte zamkniętym katalogiem. Tymczasem Zamawiający nie opisał wymaganych przez siebie uprawnień w powyższy sposób, a odesłał do przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia miał dwie wersje: krótką (w treści ogłoszenia o zamówieniu i w SIWZ) oraz szczegółową (w załączniku nr 1 do SIWZ). A więc po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu wykonawcy nie mieli pewności, jakie konkretne uprawnienia (decyzje) powinni posiadać, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nawet po

zapoznaniu ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia wykonawcy nie zyskiwali wiedzy odnośnie posiadania konkretnych uprawnień (nie wymieniono skonkretyzowanych decyzji, które trzeba posiadać, aby spełnić warunek). Obowiązek posiadania określonych uprawnień w niniejszym postępowaniu należało zatem w całości wyinterpretować z opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem jednogłośnie w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Okręgowych, przyjęto pogląd, iż „Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane przez zamawiających w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Na podstawie treści ogłoszenia czy specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu nieograniczona liczba podmiotów decyduje czy ma wolę i będzie ubiegać się o zamówienie (przetarg nieograniczony). Warunki udziału w postępowaniu pełnią tu szczególną rolę, bowiem to one zakreślają krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie. Określenie warunków na wstępnym etapie postępowania ma na celu zapewnienie realizacji równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma przy tym prawo działać w zaufaniu do zamawiającego, iż w postawionym warunku udziału w postępowaniu odtworzył swą wolę co do doświadczenia podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. (sygn. akt KIO 411/12). „Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08)”. (sygn. akt KIO 485/12)

Wobec braku konkretyzacji wymogu posiadanych uprawnień w postępowaniu, a więc faktycznie – niepełnego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, trudno obecnie, na etapie oceny ofert, w celu weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnosić się do konkretnych decyzji (nie wymienionych ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ) - tym bardziej wobec wynikłego na rozprawie sporu, czy wykonawcy, w związku z opisem przedmiotu zamówienia, zobowiązani byli posiadać decyzję o treści postulowanej przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, jak wynika z jego stanowiska na rozprawie ze specyfikacji nie wynikało, że wymagał on decyzji na wytwarzanie odpadów po procesie D9, ponieważ nie było to objęte przedmiotem zamówienia (wydaje się że stanowisko Zamawiającego nie było w odniesieniu do tego zagadnienia konsekwentne: z odpowiedzi na odwołanie wyraźnie wynika, że zakładał on obowiązek posiadania decyzji m.in. na wytwarzanie odpadu 19 03 04*; następnie twierdził na rozprawie, że decyzji takiej nie wymagał, bo przedmiot zamówienia nie obejmuje takiego procesu, a zresztą zamówienie może być w odniesieniu do tego zakresu realizowane przez podmiot trzeci). Zamawiający na

rozprawie podnosił, że przedmiotem zamówienia jest głównie oczyszczanie gleby i ziemi a nie wytwarzanie odpadów po procesie D9 o kodzie 19 03 04. Wykonawca, zdaniem Zamawiającego, może scedować na osobę trzecią wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wytworzonymi po procesie D9. Ponadto Zamawiający podnosił na rozprawie odnosząc się do zarzutu dotyczącego posiadania właściwych decyzji, że zmiany ilościowe przy decyzjach są zmianami techniczno-organizacyjnymi i sam Odwołujący w decyzji z 2012 r. DSR-VI.7243.23.2012 r. ma ograniczenie do 1000 ton, a powinno być – w ocenie Zamawiającego - 2178 ton. Trafnie, zdaniem składu orzekającego, odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący zauważył na rozprawie, że jeżeli Zamawiający uznał, że żaden z wykonawców nie spełnia warunków w postępowaniu, powinien był wszystkich wykluczyć (a raczej – w ocenie Izby – wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

Wobec sporu nie tylko co do zakresu wymaganych uprawnień, ale i co do zakresu przedmiotu zamówienia, który miałby implikować skonkretyzowanie wymogu posiadania określonych decyzji, Izba stwierdziła, że tego rodzaju wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia – w tym przypadku Konsorcjum Hydrogeotechnika – i przyjąć, że spełnił on warunek udziału w postępowaniu. Sam Zamawiający musiał dostrzec nieokreśloność opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do obowiązku posiadania uprawnień, skoro na rozprawie wskazywał, że również Odwołujący uprawnień zgodnych ilościowo z opisem przedmiotu zamówienia nie posiada, a jednak uprawnienia te zaakceptował. W konsekwencji, skoro brak wyartykułowanego enumeratywnie katalogu koniecznych uprawnień, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu braku decyzji o zakresie postulowanym przez Odwołującego. Dlatego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Gdyby można było ustalić ponad wszelką wątpliwość, jakie decyzje są wymagane do oceny sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to w razie ich niezłączenia do oferty – co do zasady, należałoby wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Jednak wobec wątpliwości co do katalogu żądanych dokumentów, w związku z brakiem wyspecyfikowania żądanych uprawnień (decyzji) w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również w opisie przedmiotu zamówienia (z którego zakresu dopiero katalog uprawnień należałoby wyinterpretować, co jak się okazało, wzbudziło rozbieżności pomiędzy Stronami), Izba uznała, że nie można wyzywać wykonawców do uzupełnienia dokumentu, który nie został wyraźnie wskazany ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu. W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie mogłoby również nastąpić w odniesieniu do wykonawcy,

którego ofertę uznano w tym postępowaniu za najkorzystniejszą, ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu, co wskazano niżej.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że zarzuty w tym zakresie potwierdziły się w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, chyba że jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Nie budzi wątpliwości Izby, że jeden z partnerów Konsorcjum Hydrogeotechnika wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania, należało ustalić jednak, czy wykonywanie tych czynności miało charakter „bezpośredni”. Mianowicie Hydrogeotechnika Sp. z o.o. na zlecenie Zamawiającego opracowała w listopadzie 2011 r. Analizę zanieczyszczenia środowiska, równocześnie dokonując wyboru metody unieszkodliwiania odpadów (strona 12 analizy). W tejże Analizie oszacowano wartość zamówienia, na kwotę 2 898 920,00 zł. Koszt zagospodarowania odpadów obliczono sumując koszty unieszkodliwiania odpadów (1 690 000,00 zł dla odpadu 19 03 04; 538 560,00 zł dla odpadu 17 05 03; 159 720,00 zł dla odpadu 17 01 06), koszty immobilizacji rtęci, zakupu reagentów – siarka, wapno (50 000,00 zł), koszt badań i analiz chemicznych (20 000 zł), koszt pracy sprzętu, transportu samochodowego (411 840,00 zł), koszt pracy sprzętu, koparki i innych (28 800,00 zł). W Analizie podkreślono, iż „wysoki koszt unieszkodliwiania odpadów wynika z obecności w nich rtęci, która jest składnikiem szczególnie niebezpiecznym i toksycznym dla środowiska (...), stąd omawiane odpady wymagają zastosowania ściśle określonych procedur (immobilizacja), opisanych wyżej”.

Tymczasem w protokole postępowania Zamawiający oświadczył, że „wartość zamówienia została ustalona w dniu 18.09.2012 r. na podstawie rozeznania cenowego, analizy rynku, internetu” (druk ZP-PN, pkt 3). Powyższe oświadczenie jest zatem niezgodne ze stanem faktycznym: skoro kwota wartości szacunkowej ustalonej rzekomo 18 września 2012 r. pokrywa się z kwotą oszacowaną w Analizie z listopada 2011 r., mocno wątpliwe jest, że Zamawiający samodzielnie dokonywał „rozeznania cenowego, analizy rynku, internetu” w celu oszacowania wartości zamówienia, w terminie zgodnym z art. 35 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Wykonawcy na etapie po opublikowaniu SIWZ domagali się ujawnienia analizy i wyników badań – interesowało ich, dlaczego właśnie ta metoda została wybrana, a wyniki badań mogły mieć wpływ na oszacowanie ceny za przedmiot zamówienia. Zamawiający początkowo odmawiał udzielenia, ostatecznie zgody udzielił – i żądane dokumenty udostępnił „do wglądu”. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wykonywała bezpośrednio czynności związane

z przygotowaniem niniejszego postępowania. Nie można byłoby tego stwierdzić, gdyby Zamawiający opublikował analizę znacznie wcześniej (ściśle rzecz biorąc, do dnia wydania orzeczenia jej nie opublikowano w sposób przyjęty dla podawania do wiadomości dokumentacji postępowania, a jedynie udostępniono do wglądu). Bezpośrednie wykonywanie czynności wyszło na jaw w wyniku porównania pkt 2 postępowania (gdzie wskazano ustaloną przez Zamawiającego wartość zamówienia) z oszacowaniem kosztów zagospodarowania odpadów ze strony 8 Analizy (kwota oszacowana przez wykonawcę Analizy została bez zmian wprowadzona do pkt 2 protokołu). Należy zauważyć, że sam udział w szacowaniu wartości zamówienia nie musi być przesłanką uzasadniającą wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jednak w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec nieujawnienia treści Analizy w szczególności co do podstaw szacowania kosztów zamówienia (w protokole postępowania Zamawiający nie wskazał nawet, że szacowania dokonał na podstawie Analizy), stanowi bezpośrednie wykonanie czynności związanych z przygotowaniem niniejszego zamówienia. Oszacowanie kosztów zamówienia miało bezpośredni związek z wyborem metody realizacji zamówienia – jest to związek oczywisty, ale w tym przypadku miał decydujący wpływ na kosztochłonność przedsięwzięcia, co podkreśla sam Autor Analizy. Dlatego nie powinny być dziwić Zamawiającego pytania wykonawców, indagujące, dlaczego Zamawiający zdecydował się na określoną metodę wykonania zamówienia i prośby o wyniki przeprowadzonych badań. A zatem, wobec powyższych okoliczności, Izba uznała, że oszacowanie przez jednego z partnerów Konsorcjum Hydrogeotechnika wartości zamówienia oraz wybór metody realizacji zamówienia, którego pełne podstawy ujawniono do wglądu dopiero 10 października 2012 r., było wykonywaniem bezpośrednim czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosił, iż „zaistnienie utrudnienia uczciwej konkurencji trzeba odnieść do konkretnego przypadku. Należy zatem wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania, daje Wykonawcy przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia.” Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący prawidłowo wywiódł, że wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania (wybór metody realizacji zamówienia, oszacowanie kosztów zamówienia) dała Konsorcjum Hydrogeotechnika przewagę, wykraczającą ramy równej i uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie byłby zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum Hydrogeotechnika z postępowania, gdyby wykazał, że uzyskana przez nie uprzywilejowana pozycja, w wyniku bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania, nie

wpłynęła na utrudnienie uczciwej konkurencji w tymże postępowaniu. Zamawiający w odniesieniu do tego zagadnienia ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Hydrogeotechnika nie była najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu. Jednak powyższa okoliczność nie jest w ocenie Izby decydująca - wykonawca, który zaoferował najniższą cenę, w ogóle nie złożył wyjaśnień w tym zakresie i już z tego powodu jego oferta była odrzucona (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych); dlatego nie są znane podstawy obliczenia przez niego określonej ceny. Tymczasem Konsorcjum Hydrogeotechnika zaoferowało cenę znacznie odbiegającą zarówno od innych cen spośród ofert nieodrzuconych, zaoferowanych w postępowaniu, jak i od oszacowanej przez siebie wartości zamówienia. Zamawiający wzywał Konsorcjum Hydrogeotechnika do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – w odpowiedzi uzyskał m.in. oświadczenie, iż na zaoferowanie ceny na tym poziomie pozwoliło „Dysponowanie własnymi zapasami pyłu siarczanego niezbędnego do przeprowadzenia procesu immobilizacji odpadów zawierających rtęć, które pozostały z poprzednio realizowanych tego typu zamówień. Posiadane zapasy siarki są przechowywane w oryginalnych opakowaniach i w dalszym ciągu zachowują wymagane właściwości i parametry. Własne zapasy pozwoliły praktycznie wyeliminować koszty zakupu pyłu siarczanego, które niewątpliwie musiały ponieść inne firmy biorące udział w przedmiotowym postępowaniu.”. Na rozprawie Odwołujący zwrócił uwagę na korelację wyboru metody unieszkodliwiania odpadów ze strony 12 Analizy z powyższym oświadczeniem z wyjaśnień Konsorcjum Hydrogeotechnika z dnia 6 września 2012 r. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny. Okoliczność, że została wybrana metoda, co do której Konsorcjum Hydrogeotechnika pozostaje w uprzywilejowanej pozycji, niedostępnej innym wykonawcom – co wynika z własnego oświadczenia Konsorcjum – przesądza, że doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, a więc ziszcła się przesłanka również z art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odnosząca się do wpływu udziału wykonawcy wykonującego bezpośrednio czynności związane z postępowaniem, na zakłócenie konkurencji. Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 i art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych był uzasadniony.

Na marginesie trzeba zauważyć, że Izba nie kwestionuje rzetelności wyboru metody unieszkodliwiania odpadów. Izba jedynie w ramach podnoszonych zarzutów oceniała ewentualny wpływ na utrudnienie konkurencji w postępowaniu udziału wykonawcy bezpośrednio wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania. Na ocenę dokonaną przez Izbę nie może również mieć wpływu, że wykonawca udzielił zgody na udostępnienie Analizy w dniu 9 października 2012 r. – Zamawiający powinien dążyć do uzyskania takiej zgody już na etapie zlecenia wykonawcy przygotowania Analizy.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje: zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie mógł zostać uwzględniony, ponieważ Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na podstawie tego przepisu w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Hydrogeotechnika zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Akceptacja wyjaśnień przez Zamawiającego była jednak nieprawidłowa, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, a więc potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający, oceniając wyjaśnienia złożone w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; przy czym wyjaśnienia lakoniczne, ogólnikowe, traktuje się na równi z wyjaśnieniami w ogóle niezłożonymi.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Konsorcjum Hydrogeotechnika w wyjaśnieniach z dnia 6 września 2012 r. przedstawiło „czynniki, które pozwoliły Konsorcjum na zaoferowanie konkurencyjnej ceny:

1. Zawarcie w przedmiotowym postępowaniu konsorcjum pomiędzy firmą Hydrogeotechnika Sp. z o.o., posiadającą własne decyzje, technologie i instalacje do unieszkodliwienia odpadów – a wykonawcą ZUO Sp. z o.o., posiadającym własne składowisko odpadów.

Ustanowienie Konsorcjum pozwoliło całkowicie wyeliminować niezwykle istotny element kosztów, jakim są opłaty niezbędne do poniesienia w celu złożenia odpadów na składowisku oraz stawki za składowanie/unieszkodliwienie odpadów.

2. Dysponowanie własnymi zapasami pyłu siarczanego niezbędnego do przeprowadzenia procesu immobilizacji odpadów zawierających rtęć, które pozostały z poprzednio realizowanych tego typu zamówień. Posiadane zapasy siarki są przechowywane w oryginalnych opakowaniach i w dalszym ciągu zachowują wymagane właściwości i parametry. Własne zapasy pozwoliły praktycznie wyeliminować koszty zakupu pyłu siarczanego, które niewątpliwie musiały ponieść inne firmy biorące udział w przedmiotowym postępowaniu.

3. Wieloletnie doświadczenie w realizacji prac z zakresu z gospodarki odpadami, w tym zamówień analogicznych do przedmiotowego postępowania.

Hydrogeotechnika Sp. z o.o. oraz ZUO Sp. z o.o. są jednymi z pierwszych firm na polskim rynku, które jeszcze na początku lat 90-tych ubiegłego wieku zaczęły kompleksowo likwidować składowiska odpadów oraz zagospodarowywać odebrane odpady. W swej historii realizowały zadania częstokroć o znacznie bardziej skomplikowanym charakterze oraz znacznie większym zakresie niż przedmiotowe zamówienie. Przykładowo, Hydrogeotechnika Sp. z o.o. już w 2005 roku poprawnie zrealizowała duże zamówienie polegające na likwidacji i rekultywacji składowisk odpadów niebezpiecznych zawierającej rtęć na terenie powiatu rzeszowskiego (w trzech gminach), w ramach którego dokonała unieszkodliwienia kilku tysięcy ton ziemi zanieczyszczonej stłuczką szklaną metodą immobilizacji.

Doświadczenie to pozwoliło wypracować własne, skuteczne i sprawdzone metody działania, które umożliwiają sprawną i szybką reakcję na zagrożenia środowiskowe, perfekcyjną organizację pracy, przy jednoczesnym znacznym obniżeniu nakładów oraz poniesionych kosztów.

4. Posiadanie wszelkich niezbędnych, własnych decyzji w zakresie wytwarzania, zbierania, unieszkodliwiania i transportu odpadów.

5. Dysponowanie własnym sprzętem i potencjałem technicznym, takim jak: własne pojazdy przystosowane do transportu odpadów, własny sprzęt do robót ziemnych, własny sprzęt ochronny itp.

6. Dysponowanie własną, wysoko wykwalifikowaną kadrą techniczną, obejmującą osoby posiadające uprawnienia z zakresu gospodarki odpadami, uprawnienia ADR, uprawnienia budowlane.

7. Wieloletnia dobra współpraca z akredytowanymi laboratoriami badawczymi, która umożliwiła podpisanie korzystnych cenowo umów i wynegocjowanie niższych opłat niezbędnych do poprawnego zrealizowania usługi, takich jak ceny analiz laboratoryjnych.”
Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów.

Izba zauważa, że poza czynnikiem wymienionym w pkt 2 wyjaśnień, żaden z czynników nie jest czynnikiem obiektywnym, specyficznym dla danego wykonawcy, a w dodatku – nie wykazano żadnego konkretnego przełożenia możliwości dysponowania danym czynnikiem na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Odwołujący trafnie zauważył na rozprawie, że ustanowienie konsorcjum z parterem posiadającym składowisko odpadów oraz partnerem posiadającym decyzje, technologie i instalacje nie może spowodować tak radykalnego, jak w ofercie Konsorcjum Hydrogeotechnika obniżenia kosztów realizacji zadania (Odwołujący sam tworzył analogiczne konsorcjum), ponieważ choć składowanie odpadów może się odbywać po cenach niższych, niż rynkowe, to koszt ten nigdy nie będzie zerowy; przy czym należy uwzględnić również opłatę marszałkowską za składowanie. Podobnie inne,

niemierzalne czynniki: wieloletnie doświadczenie, posiadanie niezbędnych decyzji, dysponowanie własnym sprzętem i kadrą techniczną, wieloletnia dobra współpraca z laboratoriami badawczymi – w żaden sposób nie wykazano, w jaki sposób czynniki te miały wpływ na obniżenie ceny – tym bardziej, w odniesieniu do szacunków poszczególnych składników wartości zamówienia dokonanych przez jednego z partnerów Konsorcjum w Analizie. Wykonawca nie był zobowiązany przez Zamawiającego do ustosunkowania się do dokonanych przez siebie szacunków poszczególnych składników ceny, ale konfrontacja lakonicznych informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 6 listopada 2012 r. z kalkulacją wartości szacunkowej z Analizy z listopada 2011 r. prowadzi do konkluzji, że wyjaśnienia nie pokazują rzeczywistych powodów ustalenia ceny na poziomie odbiegającym o ponad 1 500 000,00 zł od oszacowanej przez Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wartości zamówienia. Konsorcjum Hydrogeotechnika nie zgłosiło przystąpienia do postępowania odwoławczego, zatem nie przedstawiło swojego stanowiska w tej sprawie. Zamawiający na rozprawie stwierdził, że nie analizował kalkulacji minimalnych kosztów realizacji zadania, wyliczonej przez Odwołującego w odwołaniu (na kwotę łączną brutto 1 802 954,16 zł), dlatego Izba mogła w tym zakresie oprzeć się wyłącznie na dokumentacji postępowania oraz treści Analizy. Wydaje się, że stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych sprowadziło się do stwierdzenia, że skoro wykonawca złożył wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny, to należało je zaakceptować. Jest to stanowisko błędne, ponieważ Zamawiający nie powinien całkowicie bezrefleksyjnie akceptować jakichkolwiek wyjaśnień, bez względu na ich treść.

Jedynym obiektywnym czynnikiem, specyficznym dla Konsorcjum Hydrogeotechnika, o którym mowa w wyjaśnieniach z 6 listopada 2012 r. Konsorcjum Hydrogeotechnika jest „Dysponowanie własnymi zapasami pyłu siarczanego niezbędnego do przeprowadzenia procesu immobilizacji odpadów zawierających rtęć, które pozostały z poprzednio realizowanych tego typu zamówień. Posiadane zapasy siarki są przechowywane w oryginalnych opakowaniach i w dalszym ciągu zachowują wymagane właściwości i parametry. Własne zapasy pozwoliły praktycznie wyeliminować koszty zakupu pyłu siarczanego, które niewątpliwie musiały ponieść inne firmy biorące udział w przedmiotowym postępowaniu.”. Niewątpliwie powyższa okoliczność mogła mieć wpływ na możliwość zaoferowania niższej ceny przez Konsorcjum Hydrogeotechnika, ale powstaje pytanie – w jakim zakresie? W Analizie z listopada 2011 r. Hydrogeotechnika Sp. z o.o. wskazuje, że koszty immobilizacji rtęci, zakupu reagentów (siarka, wapno) wynoszą 50 000 zł; a zatem dysponowanie zapasami pyłu siarczanego będzie miało wpływ na cenę w granicach kwoty 50 000 zł. Być może koszt ten również wpływa na inne elementy cenotwórcze, ale nie da się ustalić – wobec lakoniczności wyjaśnień – jakiego rzędu są to oszczędności. Dlatego Izba stwierdziła, że samo posiadanie zapasów siarki nie może stanowić wytłumaczenia

zaoferowania ceny na takim poziomie, poza tym nie wskazano, jaki jest realny wpływ tego czynnika na cenę; dodatkowo element ten, co omówiono wyżej, świadczy o zachwianiu równowagi konkurencyjnej w tymże postępowaniu. Rzeczywiście, posiadanie zapasów pyłu siarczanego mogło umożliwić Konsorcjum Hydrogeotechnika złożenie oferty cenowej na poziomie niższym, niż oferty innych wykonawców, ale nie uzasadniono rozbieżności rzędu 1 000 000,00 zł.

Reasumując, Izba uznała, że wyjaśnienia z dnia 6 listopada 2012 r. są co do większości czynników zbyt ogólnikowe, a jeden z nich nie uzasadnia zaoferowania ceny odbiegającej o ponad 1 500 000,00 zł od oszacowanej przez Hydrogeotechnikę Sp. z o.o. wartości szacunkowej i w konsekwencji uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że Odwołujący w ogóle w tym zakresie nie wskazywał na jakiegokolwiek uzasadnienie faktyczne stawianych zarzutów. Wobec tego, że na kompletny zarzut składa się opis stanu faktycznego będącego podstawą zarzucanych naruszeń oraz podstawa prawna, tj. przytoczenie przepisu, który zdaniem wnoszącego odwołanie został naruszony, Izba nie rozpatrywała zarzutów opisanych jedynie przez przywołanie podstawy prawnej, wobec braku możliwości odniesienia się merytorycznego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt. 1 i 4 oraz ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....