

Sygn. akt: KIO/UZP 576 /08

WYROK
z dnia 27 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** protestu z dnia **30 maja 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługi specjalistycznego sprzątnia, całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitala, dezynfekcji, dezynsekcji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych do miejsca ich składowania, transportu wewnętrznego, oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych, usuwania śniegu i lodu oraz wywozu odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych* (numer referencyjny 32/ZP/2008), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2008r. pod numerem 2008/S 94-128113.

W dniu 30 maja 2008 r. wpłynął do Zamawiającego protest dotyczący treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W proteście zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i

2, art. 25 ust. 1, art. 38 ust. 5, art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tychże warunków.

Jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wskazany został warunek przedłożenia certyfikatu jakości ISO 9001, bez dopuszczenia możliwości składania certyfikatów równoważnych, co ogranicza krąg wykonawców mogących potencjalnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż obowiązek przedłożenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie znajduje oparcia w art. 7 i następnym ustawy z dnia 13 września 1996r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (DZ.U. z 1996r., Nr 132, poz. 622). Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, zezwolenia wymaga odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Powołując się na literaturę przedmiotu, Odwołujący wskazał, iż „odbieranie” należy utożsamiać z pojęciem „zbierania odpadów”, do którego nawiązuje art. 28 ust. 8 ustawy o odpadach i który nie wymaga zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie nieruchomości przez władającego tą nieruchomością. Tym samym właściciel nieruchomości lub firma sprzątająca (władający nieruchomością) nie potrzebują zezwolenia na „zbieranie” odpadów. Uzyskanie zezwolenia nie dotyczy również wytwórcy odpadów, który transportuje wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia. Odpady „odbiera” ewentualnie podmiot, który uzyskał właściwe zezwolenie i są one następnie „zagospodarowywane” przez podmiot, który uzyskał zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwienie odpadów na podstawie art. 26 ustawy o odpadach.

Postawiony warunek posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 500 000 zł. lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 15 000 000 zł jest niespójny oraz narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Uniemożliwia on dokonanie właściwej oceny potencjału wykonawców pod kątem ich zdolności ekonomicznych i finansowych. Ponadto, ocena wykonawców na postawie niejednorodnego, alternatywnego warunku udziału narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a żądanie zdolności kredytowej na poziomie 15 mln złotych nie znajduje żadnego uzasadnienia i jest rażąco wygórowane.

Jako ograniczające konkurencję, wskazano żądanie przedłożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (co najmniej dwóch), (...), o wartości co najmniej 10 000 000 zł., w zakresie usługi sprzątnięcia w liczących co najmniej 200 łóżek: szpitalach, zakładach opiekuńczo – leczniczych, zakładach pielęgnacyjno – opiekuńczych, sanatoriach, prewentoriach lub innych zakładach przeznaczonych dla osób, których stan zdrowia wymaga całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednim stałym

pomieszczeniu (...), wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (wykonywanie). Na rynku usług porządkowych w Polsce, zdaniem Protestującego, nie ma podmiotu, który posiadałby referencje o takim zakresie.

Protestujący podniósł również, iż narzucanie w projekcie umowy dzierżawy wysokości czynszu za dzierżawione pomieszczenie, ogranicza wykonawcom dostęp do zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję. Umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia takiego postępowania jest nieważna na podstawie art. 58 § 2 k.c., jako czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (żądanie złożenia ofert wynajmu pomieszczeń po cenach narzuconych przez zamawiającego).

Z uwagi na zakaz modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp., protestujący żądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2008r., w części uwzględnił protest, dokonując jednocześnie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie warunku wykonania usługi zgodnie z systemem zarządzania ISO 9001, dopuszczając system równoważny, a w pozostałym zakresie protest oddalił. W uzasadnieniu, w części dotyczącej uwzględnionego zarzutu dotyczącego przedstawienia zaświadczenia o wdrożeniu systemu ISO 9001, Zamawiający wskazał, iż jedynym obecnie znanym Zamawiającemu certyfikatem potwierdzającym jakość usług sprzątania jest ISO 9001. Ponieważ Zamawiający nie mógł jednoznacznie wykluczyć istnienia równoważnego systemu oceny, dopuścił przedstawienie ewentualnego certyfikatu równoważnego ISO 9001. Odnosząc się do zakazu modyfikacji specyfikacji wyrażonym w art. 38 ust. 5, Zamawiający wskazał, iż zakaz modyfikacji warunków odnosi się wyłącznie do warunków podmiotowych, nie odnosi się zaś do modyfikacji wymogów przedmiotowych, dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia – potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (certyfikat ISO).

W zakresie zarzutów oddalonych, Zamawiający uznał iż zarzut dotyczący braku podstaw żądania przedstawienia zezwolenia (decyzji) na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów i wywozu od właścicieli odpadów komunalnych pochodzących z czyszczenia ulic i placów, jest bezzasadny. Jakkolwiek słusznie Protestujący wskazał, iż sama czynność zbierania odpadów komunalnych, obciążająca właściciela nieruchomości lub firmy sprzątające, nie wymaga uzyskania zezwolenia, to nie można pominąć zakresu przedmiotu zamówienia, który dotyczy zarówno zbierania, jak i wywozu na wysypisko śmieci odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów, terenów zielonych. Zgodnie z art. 6 i 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach, na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wymagane jest uzyskanie zezwolenia. „Odbieranie” odnosi się do czynności zabierania odpadów oraz przemieszczania (wywozu) ich do miejsca ich unieszkodliwiania lub odzysku. Zatem pewna część usługi wymaga uzyskania zezwolenia na odbiór i wywóz odpadów powstających na zewnątrz budynków szpitala, a tym samym dokument (zezwolenie) jest niezbędnym w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, iż bezzasadny jest zarzut dotyczący warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zamawiający sprecyzował ten warunek, określając wysokość posiadanych środków finansowych na rachunku bankowym lub zdolności kredytowej, które w jego ocenie pozwalają na wykonanie usługi. Żaden przepis nie nakazuje Zamawiającemu określać w jednakowej kwocie wysokość środków i zdolności kredytowej. Oczywistym natomiast jest, iż że na ogół kwoty, jakie przedsiębiorcy posiadają na rachunkach bankowych są o wiele niższe niż poziom ich zdolności kredytowej. Wskazując jedną kwotę np. 5.000.000 zł, Zamawiający naruszyłby zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji (wymóg tak wysokiej kwoty posiadanych środków na rachunku mógłby w sposób obiektywnie nieuzasadniony wyeliminować część potencjalnych wykonawców), a także zasadę żądania dokumentów jedynie niezbędnych do oceny wymogów (informacja, iż wykonawca ma zdolność kredytową w wysokości 5.000.000 zł. nie pozwoliłby stwierdzić, czy wykonawca jest zdolny wykonać usługę w sposób prawidłowy w okresie 4 lat). Wysokość określonych kwot jest uzasadniona specyfiką zamówienia. Po pierwsze, zapłata za pierwszą fakturę nastąpi najprawdopodobniej po upływie miesiąca od momentu rozpoczęcia świadczenia, a kwota 500.000 zł. odpowiada kosztom 30 – 60 dniowemu okresowi świadczenia usługi. Po drugie, kwota 15.000.000 zł. zdolności kredytowej odpowiada wartości usługi świadczonej przez większą część obowiązywania umowy.

Podobnie, Zamawiający uznał za bezzasadny zarzut dotyczący warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny jest jedną z największych placówek ochrony zdrowia w Polsce, biorąc pod uwagę przeciętną ilość dziennie hospitalizowanych pacjentów (prawie 600 łóżek), jak i powierzchnię budynku szpitala oraz terenów do niego przylegających (ponad 10 hektarów). Żądanie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch usług o wartości co najmniej 10.000.000 zł., jest znacznie niższe od wartości przedmiotu zamówienia, jednakże Zamawiający, mając na celu dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak najszerszy krąg wykonawców, nie zdecydował się określić wysokości odpowiadającej wartości przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, wskazanie wielkości placówek, w których wykonywane były usługi (co najmniej 200 łóżek), miało na celu dopuszczenie do postępowania wykonawców

posiadających doświadczenie w świadczeniu usług na rzecz dużych placówek ochrony zdrowia. Poziom cen na rynku europejskim nie gwarantuje, iż zamówienie o wartości 10.000.000 zł., nie było wykonywane dla niewielkiej placówki.

Zamawiający uznał za bezzasadny zarzut dotyczący stawek czynszu dzierżawy pomieszczeń, które opcjonalnie mogą zostać wydzierżawione przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana. Zamawiający nie wymaga zawarcia z nim umowy dzierżawy, pozostawiając swobodę decyzji wykonawcy, a stawki określone na poziomie 5,50 zł. brutto za m² miesięcznie są bardzo niskie i mają pokryć niezbędne wydatki związane z utrzymaniem pomieszczeń (opłata za użytkowanie wieczyste, podatek od nieruchomości). Nie będzie to miało znaczenia przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 13 czerwca 2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (data nadania w placówce operatora publicznego), w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście z uwzględnieniem dokonanej przez Zamawiającego, na skutek uwzględnienia w części protestu, modyfikacji specyfikacji. Wniósł o unieważnienie postępowania bądź nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący uzupełnił argumentację protestu dodając, iż treść art. 25 ust. 1 dotyczy rodzaju dokumentów potwierdzających spełnianie ustalonych warunków udziału i możliwości ich uzupełnienia w toku postępowania (w zw. z art. 26 ust. 3), nie jest zaś żadnym wyjątkiem od zasady określonej w art. 38 ust. 5 ustawy. Wystarczającym dla wykonania zamówienia, jest posiadanie pozwolenia na transport odpadów, wydanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 05.236.2008). Rozróżnianie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, w zależności od wybranej przez nich formy wykazania posiadanych środków finansowych, jest nieuzasadnioną dyskryminacją podmiotów nie posiadający własnych środków pieniężnych, a posiłkujących się kredytem. Określona wartość wykonanych usług na poziomie 10.000.000 zł. ma na celu wykluczenie z przetargu wykonawców, uznanych subiektywnie przez Zamawiającego za zbyt małych i nie daje żadnej dodatkowej gwarancji prawidłowego wykonania usług przez podmiot, który takim doświadczeniem się wykaże. W praktyce nie ma żadnej różnicy w wykonywaniu usług o podobnym zakresie do działalności Zamawiającego o wartości 2 milionów, 6 czy też 10 milionów. W zakresie wysokości czynszu, Odwołujący twierdzi, iż bez dzierżawy pomieszczeń nie ma możliwości wykonania usługi.

W dniu 23 czerwca 2008r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Aspen Sp. z o.o. z Krakowa. Izba na posiedzeniu nie dopuściła do

udziału w postępowaniu przystępującego do postępowania odwoławczego, z uwagi na uchybienie terminu do zgłoszenia przystąpienia do postępowania prowadzonego na skutek wniesionego protestu, określonego w art. 181 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655).

Na podstawie dokumentacji, a także stanowisk stron i dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ posiada status wykonawcy (ubiega się o udzielenie zamówienia), a zapisy specyfikacji oraz ogłoszenia o udzielenie zamówienia określające warunki udziału w postępowaniu mają bezpośredni wpływ na dostępność zamówienia i możliwość złożenia oferty w postępowaniu i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto ewentualne uchybienia na etapie ustalania warunków udziału w postępowaniu mogą skutkować nieważnością umowy, zawartej w wyniku rozstrzygnięcia takiego postępowania. Tym samym, wykonawca posiada interes w zaskarżeniu postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji, przy utrzymaniu których udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) mogłoby być obarczone sankcją nieważności.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zarzut dokonania niedopuszczalnej na gruncie art. 38 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie znajduje uzasadnienia prawnego. Zamawiający w następstwie uwzględnienia zarzutu Protestującego, obecnie Odwołującego, dokonał w dniu 9 czerwca 2008r. modyfikacji postanowień specyfikacji, dopuszczając możliwość wykonania usługi zgodnie z systemem zarządzania równoważnym ISO 9001 i przedłożenia stosownego zaświadczenia o wdrożeniu systemu. W obecnym brzmieniu art. 38 ust. 5 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne dokonywanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja siwz nie mieści się w zakresie ograniczenia wynikającego z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp., ponieważ nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu, tj. warunków podmiotowych dopuszczających wykonawców do udziału w postępowaniu, jak również sposobu oceny ich spełniania. Dokonanie przez Zamawiającego zmiany postanowień siwz w zakresie obowiązku przedłożenia zaświadczenia o wdrożeniu systemu ISO 9001, dotyczyło części postanowień potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań co do warunków wykonania zamówienia. W art. 38 ust. Pzp. 5 ustawodawca wyraźnie wskazał, iż zakaz modyfikacji ogranicza się wyłącznie do warunków podmiotowych, czego nie można utożsamiać z wymaganiami dotyczącymi warunków, w

jakich zamawiający wymaga wykonania zamówienia. Wskazuje na to wprost art. 25 ust. 1 ustawy Pzp., w którym dokonano rozróżnienia pomiędzy dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu od potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Żądane przez Zamawiającego zaświadczenie o wdrożeniu systemu ISO 9001 lub równoważnego, mieści się w otwartym katalogu dokumentów, jakich może on żądać od wykonawców, na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2006r. Nr 87, poz. 605), w celu potwierdzenia spełniania, że oferowana usługa opowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W zakresie pozostałych zarzutów, oddalonych przez Zamawiającego, Izba dokonała rozstrzygnięcia opierając się na poniższych ustaleniach.

W części dotyczącej zarzutu braku podstaw żądania przedstawienia zezwolenia (decyzji) na prowadzenie działalności, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (w zakresie co najmniej odbierania i wywozu odpadów pochodzących z czyszczenia ulic i placów), Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z zapisami pkt III siwz *Opis przedmiotu zamówienia*, w ramach świadczenia usługi wykonawca zobowiązany będzie, w zakresie gospodarki odpadami do segregacji i transportu wewnętrznego odpadów komunalnych, odpadów medycznych (pkt 1 lit. b), a także wywozu odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych (pkt 1 lit. d). W dalszych zapisach specyfikacji (pkt III 7 lit. j i k), Zamawiający określił, iż wykonawca zobowiązany będzie do grabienia liści i ich wywozu, a także zebrania i wywozu na wysypisko śmieci odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych. Tym samym w ramach wykonywania zamówienia zachodzić będzie potrzeba odbioru i transportu odpadów od właściciela nieruchomości (szpitala) do miejsca ich unieszkodliwiania lub odzysku, na co wymagane jest posiadanie zezwolenia, zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.). Między stronami nie było sporu co do braku podstaw żądania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie nieruchomości przez władającego tą nieruchomością (właściciela nieruchomości lub firmę sprzątającą), co wynika wprost z art. 28 ust. 8 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251 z późn. zm.). Sporną natomiast była kwestia, czy zakres świadczenia upoważnia Zamawiającego do żądania przedłożenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właściciela nieruchomości, o którym mowa w art. 7 ust.

1 ppkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2005r., Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.).

Na podstawie dowodu z dokumentów (siwz), Izba uznała, iż zakres świadczenia upoważniał Zamawiającego do żądania przedłożenia zaświadczenia w zakresie co najmniej odbierania i wywozu odpadów pochodzących z czyszczenia ulic i placów.

Zgodnie z katalogiem odpadów określonym w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001r. w sprawie katalogu odpadów, wydanym na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach, odpady komunalne mieszczą się w grupie 20. W grupie tej wskazane zostały między innymi odpady z ogrodów i parków (odpady ulegające biodegradacji 20 02 01) oraz inne odpady komunalne, w tym odpady z czyszczenia ulic i placów (20 03 03).

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, właściciel nieruchomości przy wykonywaniu obowiązku pozbywania się zebranych na terenie nieruchomości odpadów komunalnych (...) w sposób zgodny z przepisami ustawy i przepisami odrębnymi, obowiązany jest do udokumentować iż przedsiębiorca odbierający od niego odpady komunalne, posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właściciela nieruchomości (art. 7 ust. 1 ppkt 1 tejże ustawy).

Izba uznała, iż odpady o których mowa w pkt III. 1 lit. d oraz III.7 lit. j i k specyfikacji, są odpadami sklasyfikowanymi w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy o odpadach, jako odpady komunalne. Z zapisów specyfikacji wynika, iż wykonawca zobowiązany będzie nie tylko zbierać ale również odebrać te odpady od Zamawiającego. Samo zbieranie odpadów komunalnych odbywa się na terenie nieruchomości, zgodnie z wymaganiami określonymi w regulaminie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odbiór odpadów następować musi natomiast w zgodzie z przepisami ustawy, w tym art. 7 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy.

Odwołujący w trakcie rozprawy rozszerzył niniejszy zarzut, wskazując, iż w przypadku uznania prawidłowości stanowiska Zamawiającego w przedmiocie istnienia obowiązku żądania okazania zezwolenia na odbieranie odpadów, koniecznym było również żądanie przedłożenia zezwolenia na transport odpadów komunalnych. Izba, na podstawie art. 191 ust.3 ustawy Pzp. nie rozpatrywała zarzutu braku żądania przedłożenia zezwolenia na transport odpadów, gdyż nie było ono objęte protestem. Izba jedynie zwraca uwagę, iż gospodarowanie mieniem obejmuje również transport odpadów (art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy o odpadach). W zakresie transportu odpadów komunalnych zastosowanie mają przepisy art. 25 ust. 6 ustawy o odpadach oraz art. 7 ust. 1 pkt 1 i art. 9 ust. 1a pkt 5 ustawy o czystości i porządku. Z przepisów tych wynika, że w zezwoleniu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości określa się min. miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Prowadzący działalność w zakresie transportu odpadów komunalnych jest

zobowiązany dostarczyć je do jednego ze wskazanych miejsc i nie może dostarczyć ich w żadne inne miejsce. Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy o odpadach, prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wymaga zezwolenia, z wyłączeniem wyjątków, określonych w art. 31 ust. 1, art. 32 ust. 1 i art. 33 ust. 1a i 4 ustawy o odpadach.

W części zarzutu dotyczącego sposobu określenia warunku udziału w postępowaniu - posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 500.000 zł lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 15.000.000 zł, Izba uwzględniła odwołanie. Zamawiający dokonując opisu warunku uznał, iż wystarczającym dla potwierdzenia znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej wykonanie zamówienia, jest dysponowanie własnymi środkami w wysokości nie mniejszej niż 500.000 zł lub pochodzącymi z innych źródeł w wysokości nie mniejszej niż 15.000.000 zł. W trakcie rozprawy, Zamawiający wyjaśnił, iż dokonując takiego rozróżnienia sposobu oceny spełniania warunku, miał na celu uzyskanie potwierdzenia, iż wykonawca w każdym przypadku dysponować będzie kwotą wolnych środków w wysokości co najmniej 500.000 zł. Kwota ta, zgonie z analizą Zamawiającego jest niezbędna dla uzyskania pozytywnej oceny zdolności kredytowej, w kwocie co najmniej 15 mln zł. W ocenie Zamawiającego wolne środki w wysokości 500 000 zł, pozwalają sfinansować zamówienie do czasu pierwszej płatności przez Zamawiającego (30 – 60 dni świadczenia usługi). W ocenie składu orzekającego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca, w przepisie wykonawczym – rozporządzeniu w sprawie dokumentów (...), dopuścił możliwość oceny sytuacji finansowej wykonawców przez żądanie wykazania posiadanych środków finansowych, zarówno własnych, jak i pochodzącymi z innych źródeł. Zamawiający zobowiązany jest ustalać jednakowe warunki udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców. Żądanie wykazania się zdolnością kredytową w wysokości trzydziestokrotnie wyższej niż kwota posiadanych środków nie ma uzasadnienia prawnego. Ponadto, przyjęcie stanowiska Zamawiającego prowadziłyby do wykluczenia wykonawców, którzy nie posiadają wolnych środków w wysokości 500.000 zł, chociaż mogliby wykazać się zdolnością do zaciągnięcia kredytu w tej wysokości. Oceny zdolności finansowej, Zamawiający zobowiązany jest dokonywać w oparciu o jednakową kwotę środków finansowych, niezależnie od źródła ich pochodzenia (środki własne lub pochodzące z innego źródła). Stawianie wyższych wymagań co do sytuacji finansowej wykonawców, którzy nie posiadają własnych środków finansowych stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż tak określony warunek jest dyskryminujący i nie pozwala ocenić zdolności wykonawców w sposób jednakowy. Dokonując wykładni przepisów ustawy należy mieć na uwadze naczelne zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby dopuszczalne

było rozróżnienie sposobu oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.). Nie jest dopuszczalne formułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia chociaż korzystających z innych źródeł finansowania dopuszczonych przez ustawodawcę.

W zakresie zarzutu dotyczącego zapisów umowy dzierżawy – narzucenia wysokości czynszu za dzierżawione pomieszczenia, Izba oddaliła odwołanie. Zamawiający nie wymagał zawarcia umowy dzierżawy pomieszczeń, na co wskazują zapisy części III pkt 8 specyfikacji (warunki lokalowe świadczenia usługi). Dołączony do siwz projekt umowy dzierżawy należało zatem ocenić jako uzupełnienie przez Zamawiającego informacji o możliwościach wydzierżawienia wskazanych pomieszczeń, na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, z podaniem ich powierzchni oraz kosztów wydzierżawienia. Bez znaczenia dla oceny i wyboru oferty pozostawało złożenie oświadczenia na formularzu oferty w przedmiocie zobowiązania się do wydzierżawienia od Zamawiającego pomieszczeń, na warunkach określonych w załączniku nr 7 do siwz (umowa dzierżawy).

W związku z cofnięciem na rozprawie zarzutu dotyczącego wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch usług o wartości co najmniej 10.000.000 zł w placówkach liczących co najmniej 200 łóżek, Izba zarzutu nie rozpoznawała.

W związku z uwzględnieniem jednego z zarzutów dotyczącym określenia warunku udziału w postępowaniu – posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 500.000 zł. lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 15.000.000 zł., który to warunek nie może podlegać modyfikacji w związku z zakazem wynikającym z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (wykazane w fakturze VAT nr 2/06/2008 z 25.06.2008r i ograniczone do wysokości kwoty 3600 zł, wynikającej z rozporządzenia w sprawie kosztów), Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*