

Sygn. akt: **KIO/UZP 734/08,**

KIO/UZP 738/08

WYROK
z dnia 31.07.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Członkowie: **Renata Tubisz**
Barbara Bettman

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **30.07.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **21.07.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. MWM Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Grottera 35 (sygn. akt KIO/UZP 734/08)

B. Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51 (sygn. akt KIO/UZP 738/08)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe Tarnowskie Góry, ul. Karłuszowiec 5, 42-600 Tarnowskie Góry** protestów:

A. MWM Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Grottera 35 z dnia 30.06.2008 r.

B. Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51 z dnia 30.06.2008 r.

przy udziale zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i**

Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51 po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 734/08.

oraz **MWM Sp. z o.o.,44-100 Gliwice, ul. Grottera 35** po stronie Zamawiającego, w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 738/08.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. MWM Sp. z o.o.,44-100 Gliwice, ul. Grottera 35

B. Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MWM Sp. z o.o.,44-100 Gliwice, ul. Grottera 35**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **MWM Sp. z o.o.,44-100 Gliwice, ul. Grottera 35** na rzecz **Starostwa Powiatowego Tarnowskie Góry, ul. Karłuszowiec 5, 42-600 Tarnowskie Góry** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu.

- B** kwoty 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51** na rzecz **Starostwa Powiatowego Tarnowskie Góry, ul. Karłuszowiec 5, 42-600 Tarnowskie Góry** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **MWM Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Grottera 35**
- B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Opolska 51**

Uzasadnienie

Zamawiający – Starostwo Powiatowe Tarnowskie Góry prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie prowadzenia eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 maja 2008 roku pod nr 2008/S 89 -121251.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty, złożone przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. oraz MWM Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku, przekazany Wykonawcom w dniu 23 czerwca 2008 roku poinformował o wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., zwanego dalej PWiK Sp. z o.o.

Czynność ta była przedmiotem protestów złożonych przez obu Wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

W zakresie odwołania wniesionego przez PWiK sp. z o.o.

Odwołujący - **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.** pismem z dnia 30 czerwca 2008 roku, wskazując na swój interes prawny oprotował czynności Zamawiającego polegające na nie wykluczeniu oraz nie odrzuceniu oferty MWM Sp. z o.o. mimo nie spełnienia warunków udziału zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej siwz, i złożenia oferty niezgodnej z siwz.

Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z art. 22, art. 25 ust. 1, art. 26 ust.1, art. 44 oraz § 1 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez nie wykluczenie MWM Sp.zo.o. z powodu braku odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt IV.1 lit. c siwz tj. braku legitymowania się należytą wartością referencji oraz z uwagi na wadliwość referencji.
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy przez nie odrzucenie oferty MWM Sp.z o.o. mimo faktu, że jej treść nie odpowiada treści siwz.
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców i stawianie warunków udziału w postępowaniu, które nie są przez Zamawiającego przestrzegane.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że oferta MWM Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią pkt IV .1 lit.c siwz, gdzie Zamawiający określił wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „wykonywali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tzn. usługi o wartości co najmniej 500 000 PLN netto/rok polegające na

obsłudze oczyszczalni przemysłowych w tym oczyszczające ścieki zawierające substancje niebezpieczne) – min. dwie”.

W ocenie Odwołującego wykonywanie usług w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, przy założeniu że wszczęcie nastąpiło w dniu 7 maja 2008 roku oznacza, że Wykonawcy winni legitymować się zamówieniami o wartości minimum 500 000 zł/ rok, ale w roku nie rozumianym jako rok kalendarzowy tylko rok jako okres 12 miesięcy, czyli w okresach: od 7.05.2008 do 6.05.2007, od 7.05.2007 do 6.05.2006 i od 7.05.2006 do 6.05.2005.

Dokonując analizy treści wykazu usług przedstawionego w ofercie MWM Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że usługa przedstawiony w pkt 3, której łączna wartość wynosi 573 379,26 zł zaliczona do przedziału czasowego od 7.05.2008 do 6.05.2007 jest zawyżona, bowiem doliczono do niej wartość usług z okresu 1.01.2007 do 15.04.2007, pomimo że ten przedział czasowy mógłby powiększać kwotę usług dla innego przedziału czasowego tj. od 7.05.2007 do 6.05.2006. Odwołujący wskazał, że po odliczeniu wartości usług za okres 01.01.2007 do 15.04.2007 Wykonawca MWM Sp. z o.o. legitymuje się w przedziale czasowym od 7.05.2008 do 6.05.2008 roku jedynie kwotą 384 504,47 zł/rok. Odwołujący wskazał, że warunek wykonania usług co najmniej 500 000 netto/rok nie dotyczył średnio rocznych wartości usług w ciągu ostatnich trzech lat, ale wysokości usługi (w wielkości minimalnej) w każdym roku liczonym od dnia wszczęcia postępowania.

Kolejnym zarzutem niespełnienia wymogu określonego w pkt IV.1 lit. c siwz jest brak udokumentowania należytego wykonania usługi, bowiem Wykonawca MWM Sp. z o.o. w okresie od 7.05.2008r. do 6.05.2007r. przedstawił jedynie protokoły odbioru technicznego, w których brak oświadczenia o należyтым wykonaniu usług, co świadczy o tym że Wykonawca nie legitymuje się dowodem w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowa usługa wykonywana była bezumownie, bowiem na mocy wyroku Sądu Okręgowego, Wydział X Gospodarczy z dnia 16 października 2007 roku (sygn. akt X Ga 158/07) nastąpiło prawomocne odrzucenie oferty MWM sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym na obsługę oczyszczalni w roku 2007, a Wykonawca ten odmówił Zamawiającemu wydania oczyszczalni.

Odwołujący wskazał, że posiada dowody na okoliczność nienależytego wykonania usługi w okresie od 20.08.2008r. do 31.12.2008r., bowiem o nienależyтым wykonaniu usługi powiadamiał Zamawiającego, a nieprawidłowości te nie zostały usunięte do dnia dzisiejszego. Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący dołączył do treści protestu pisma z dnia 16.01.2008, 20.02.2008 oraz protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 2.01.2008 rok.

Odwołujący wskazał także na brak podania wartości usługi oraz brak potwierdzenia, że usługi zostały wykonane z należyтą starannością w referencji z dnia 4.06.2008r. wystawionej

przez Zakłady Chemiczne Tarnowskie Góry w likwidacji, co jest niezgodne z wymaganiami rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający zaniechał w tym zakresie procedury wyjaśnienia.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz i wskazał, że Wykonawca MWM Sp. z o.o. wymienił w formularzu cenowym jedną dodatkową, nie ujętą we wzorze, przekazany przez Zamawiającego pozycję tj. koszty codziennych analiz wykonywanych przez akredytowane laboratorium. Podniósł również, że w formularzu ofertowym MWM Sp. z o.o. nie umieszczono kolumny dotyczącej wartości bez podatku VAT/ rok, która była określona w formularzu przedstawionym przez Zamawiającego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu pismem z dnia 3 lipca 2008 na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2008 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca MWM Sp. z o.o., wykazując swój interes prawny i żądając oddalenia protestu złożonego przez PWiK Sp. z o.o.

Przystępujący wskazał na brak interesu prawnego we wniesieniu odwołania przez PWiK Sp. z o.o., z uwagi na okoliczność że to jego oferta została uznana obecnie za najkorzystniejszą i nie poniósł on żadnego uszczerbku w związku z brakiem wykluczenia MWM sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku kwotowego w poz. 3 wykazu usług, Przystępujący uznał, że pod pojęciem rok należy rozumieć rok liczony jako 365 kolejnych dni, zgodnie z art. 114 k.c. W jego ocenie spełnieniem warunków udziału jest wykazanie się realizacją 2 usług, z czego każda o wartości min. 500 000 netto i wykonana w ciągu 365 dni w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

W odniesieniu do braku zamieszczenia w treści protokołów odbioru oraz referencji stwierdzenia o należyтым wykonaniu usług oraz wartości usług, Przystępujący uznał, że dokumenty te nie muszą określać tej treści, wystarczy że mowa jest w nich o prawidłowej realizacji. Informacja o wartości nie musi być zawarta w treści referencji, co jest zgodne z rozporządzeniem z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów...

W zakresie dowodów na nienależyte eksploatowanie oczyszczalni Przystępujący zwrócił uwagę, że są to dokumenty własne i nie mogą być traktowane jako obiektywne.

Odnosząc się do protokołu przekazania oczyszczalni z dnia 2.01.2008 roku Przystępujący wskazał, że z uwagi na wiek eksploatowanych urządzeń i ich zużycie regularnie następują awarie urządzeń, a Wykonawca nie zdążył przed zakończeniem umowy dokonać napraw.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią siwz Przystępujący wskazał, że siwz nie wymagała sporządzenia oferty zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 do siwz. Ponadto cena ofert zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Treść ofert

jest zgodna z treścią swiz, brak jest jedynie nieistotnej kolumny. Dane które miały być umieszczone z brakującej kolumnie można z łatwością obliczyć.

Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2008 roku protest w całości oddalił i nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego wskazał, że w odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku doświadczenia „w okresie 3 lat” z uwagi na sposób ustalenia przedziałów czasowych w treści protestu, dla których liczone doświadczenie niemożliwe jest jednoznaczne odczytanie zarzutu oraz dokonanie jego oceny. Zamawiający przyjmuje, że okres trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania obejmuje czasokres trzech lat wstecz od dnia jego ogłoszenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego nienależytego wykonania usługi w okresie 20.08.2008 do 31.12.2008 rok Zamawiający wskazał, że ta część usługi dotyczy okresu przyszłego, zaś istotne i podlegające ocenie są referencje, które zostały przedstawione do oferty MWM Sp. z o.o..

W zakresie braku podania wartości w treści referencji za usługi 2006 roku Zamawiający podniósł, że nie wymagał podania wartości usług w treści referencji i za wystarczające uznał podanie ich w wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 4 do siwz. W zakresie zarzutu co do braku podania wartości usług w dokumencie potwierdzającym wykonanie usług na rzecz Zakładów Chemicznych Tarnowskie Góry Zamawiający stwierdził, że po zsumowaniu wartości usług wymienionych w poszczególnych protokołach odbioru wartość ta jest zgodna z wartością podaną w wykazie.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem co do niezgodności treści oferty z treścią swiz i wskazał, że wynagrodzenie za przedmiot umowy ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie składniki cenotwórcze. Formularz cenowy miał jedynie charakter pomocniczy i miał pomóc przy sprawdzaniu poprawności naliczenia podatku VAT. W siwz nie narzucono natomiast sposobu obliczenia kosztów, zatem zarzut podania dodatkowej pozycji kosztów oraz braku kolumny wartość podatku VAT/ rok nie znalazł w ocenie Zamawiającego potwierdzenia.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 lipca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o odrzucenie oferty MWM Sp. z o. o.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 lipca 2008 roku.

Do postępowania odwoławczego w dniu 29 lipca 2008 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca MWM Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania i podtrzymując argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu.

W zakresie odwołania wniesionego przez MWM Sp. z o.o.

Odwołujący MWM Sp. z o.o. wniósł w dniu 30 czerwca 2008 roku (pismo z dnia 27 czerwca 2008 roku) protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 ustawy przez chęć udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
2. art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust.2 pkt.2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 89 ust. 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż działanie Zamawiającego skutkować będzie nieważnością umowy, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. nie spełnia wymaganego w pkt IV. 1 lit c siwz warunku w zakresie doświadczenia. Usługi wykazane w poz. 1 i 2 załącznika nr 4 wykaz zrealizowanych usług wykonywane na rzecz Zakładów Chemicznych Tarnowskie Górnym nie spełniają warunku kwotowego, określonego w siwz. Usługi wykazane w poz. 3 załącznika nr 4 mogłyby zostać uznane za spełniające warunek kwotowy min. 500 000 netto/rok w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, gdyby nie fakt iż wartości podane dla tych usług obejmują zamówienia na odprowadzenie i oczyszczanie ścieków przemysłowych. W zakres tych zamówień wchodzi zarówno eksploatacja trzech oczyszczalni ścieków na terenie Tarnowskich Gór (Śródmieście, Repty Śląskie i FAZOS w Tarnowskich Górach) jak i eksploatacja rozległej sieci kanalizacyjnej na terenie całej gminy. Z informacji podanych w wykazie, jak i z referencji nie wynika, jaką wartość w zakresie świadczonych usług stanowiła

eksploatacja oczyszczalni a jaką usługą eksploatacji sieci kanalizacyjnej. Ponieważ usługa eksploatacji sieci kanalizacyjnej nie może być traktowana jako usługa odpowiadająca swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Odwołujący stwierdził, że wartość usługi polegająca na prowadzeniu eksploatacji oczyszczalni ścieków nie przekracza min. kwoty 500 000 netto/rok.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, bowiem podał w załączniku nr 4, że świadczył usługi odbioru i oczyszczania ścieków przemysłowych na rzecz gminy Tarnowskie Góry, podczas gdy jak wynika z dokumentów, załączonych przez Odwołującego do protestu i odwołania oczyszczalnię Repty - oczyszcza jedynie ścieki komunalne będące ściekami bytowymi, zaś oczyszczalnia Śródmieście - ścieki komunalne będące mieszaniną bytowych i opadowych.

Odwołujący przywołał definicję ścieków przemysłowych, ustaloną przez Zamawiającego w dniu 11 czerwca 2008 roku, zgodnie z którą ścieki przemysłowe to takie, które powstały w związku z prowadzoną działalnością handlową, przemysłową transportową lub usługową odprowadzone są urządzeniami kanalizacyjnymi tego zakładu. Zadaniem Odwołującego wymienione oczyszczalnie (z wyj. po Zakładach Chemicznych i FAZOS) to oczyszczalnie, gdzie ścieki dopływają kanalizacją miejską.

Kolejnym zarzutem Odwołującego jest brak wskazania przez PWiK w treści formularza cenowego kosztów codziennych analiz, wykonywanych przez laboratorium. W ocenie Odwołującego Zamawiający wymagał w pkt 5 siwz, aby cena oferty zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia a więc i koszty koniecznych analiz. Nie ma podstaw, aby sądzić że koszty te zostały skalkulowane z innymi kosztami. Skoro Zamawiający wymagał obliczenia ceny ofert w sposób ujmujący wszelkie koszty a wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego to Wykonawca winien podać koszty analiz jako element cenotwórczy.

Odwołujący wskazał również na zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz poprzez zaniżenie w ofercie ilości i kosztów magazynowania, wywozu i przekazywania odpadów jednostce uprawnionej w zakresie odpadów – ciekłe odpady niebezpieczne.

Dokonując analizy danych zamieszczonych w tabeli nr 5 zestawienie ilości głównych zanieczyszczeń chemicznych usuniętych ze ścieków na oczyszczalni w okresie 2004-2007 oraz tabeli nr 6 wysokość maksymalnych stężeń głównych zanieczyszczeń w ściekach surowych dopływających do oczyszczalni w okresie 2004- 2007r. a także w wykazie ilości odpadów wytwarzanych przy eksploatacji oczyszczalni chemicznej i tymczasowej kontenerowej oczyszczalni ścieków - oznaczonym nr 1.5.1. Odwołujący wskazał, że PWiK Sp. z o.o. zaoferowało usuwanie 1200 kgB podczas gdy Odwołujący podał ilość 2160 kgB.

W jego ocenie nie ma podstaw, aby przyjąć że ilość boru będzie w roku 2008 o 50% mniejsza niż w latach poprzednich.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu pismem z dnia 4 lipca 2008 na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2008 roku zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca PWiK Sp. z o.o., wykazując swój interes prawny i żądając oddalenia protestu złożonego przez MWK Sp. z o.o.

Przystępujący wskazał na okoliczność spełniania warunku określonego w pkt IV 1 lit c siwz, zarówno pod względem kwot jak i terminów w jakich miały być wykazane usługi. Zarzuty dotyczące podania nieprawdziwych danych uznał za gołosłowne. Nie zgadzając się z zarzutem co do niespełnienia warunku doświadczenia w zakresie usługi wykazanej w pkt 3 wykazu usług Przystępujący wskazał, że usługa oczyszczania jest usługą kompleksową, o czym świadczy złożoność przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do przedstawionych „wyników okresowych pomiarów ilości i jakości ścieków” Przystępujący wskazuje, że dokumenty te nie kwalifikują tych ścieków pod względem rodzajowym, w szczególności w rozumieniu ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków czy prawa wodnego. Dokumenty te są sporządzane w innym celu i nie mogą stanowić dowodu. PWiK ujął w cenie oferty koszty codziennych analiz a ponieważ wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy to zarzut MWM sp z.o.o jest chybiony. Przystępujący, nie zgadzając się z zarzutem co do zaniżenia ilości i kosztów magazynowania, wywozu i przekazania ciekłych odpadów niebezpiecznych o kodzie 19 08 07 wyjaśnił, że ilość odpadów ustalił na podstawie danych z okresu eksploataowania przez siebie oczyszczalni a wielkości te są realne i nie zaniżone. Ponadto i w tym zakresie Przystępujący wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia i okoliczność, że zarzuty te mogłyby jedynie być rozpatrywane w kontekście rażąco niskiej ceny, a takiego zarzutu MWM Sp. z o.o. nie postawił.

Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2008 roku protest w całości oddalił i wskazał, że warunek kwotowy co doświadczenia wynosi 500 000 zł netto/rok łącznie, zatem nie ma podstaw do twierdzenia że doświadczenie wykazane w poz. 1 i 2 nie spełnia tego warunku. Zamawiający wskazał także, że Odwołujący nie podał jaka, jego zdaniem część kwoty wymieniona w referencjach dotyczy usług odprowadzania i oczyszczania ścieków nie będących przemysłowymi, zatem zarzut ten nie został udokumentowany.

W ocenie Zamawiającego przytoczona przez Odwołującego definicja ścieków przemysłowych jest niepełna i zwrócił uwagę na sformułowanie, że za ścieki przemysłowe należy uznać „powstałe w związku z prowadzoną przez zakład działalnością handlową, przemysłową, składową, transportową lub usługową a także będące ich mieszaniną ze ściekami innego podmiotu, odprowadzane urządzeniami kanalizacyjnymi tego zakładu”.

Zamawiający wskazał, że wszyscy wykonawcy posiadali w wykazie referencji prace polegające nie tylko na czynnościach obsługi instalacji technologicznych do oczyszczania ścieków ale również na innych czynnościach, będących działaniami pomocniczymi.

W zakresie braku wskazania kosztów analiz w treści formularza cenowego Zamawiający podniósł, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie składniki wynagrodzenia, a tabela formularz cenowy była jedynie załączona w celach pomocniczych.

W odniesieniu do zarzutu zaniżenia ilości kosztów magazynowania, wywozu i przekazywania ciekłych odpadów niebezpiecznych o kodzie 19 08 07* Zamawiający wskazał, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia ilości wytworzonych osadów nie wpłyną na koszty poniesione przez Zamawiającego, zaś podanie ilości i kosztów usuwania odpadów było suwerenną decyzją Wykonawców. Dane zamieszczone w załączniku nr 9 do siwz miały jedynie charakter informacyjny i nie były wiążące.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 15 lipca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o:

1. powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty,
2. wykluczenie Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez tegoż Wykonawcę,
3. uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielenia mu przedmiotowego zamówienia.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 lipca 2008 roku.

Do postępowania odwoławczego w dniu 29 lipca zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca PWiK Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania i podtrzymując argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu.

Uwzględniając dokumentację zgromadzoną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Skład ustalił następujący stan faktyczny odnośnie obu odwołań:

Zamawiający w pkt IV .1 lit c siwz postawił wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy „wykonywali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tzn. usługi o wartości co najmniej 500 000 PLN netto/rok polegające na obsłudze oczyszczalni przemysłowych w tym oczyszczające ścieki zawierające substancje niebezpieczne) – min. dwie”.

W wyjaśnieniach do siwz z dnia 2 czerwca 2008 roku (EO.ZP.3431-31/08) udzielonych w trakcie trwania procedury Zamawiający wskazał, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne jest, aby „oferent w każdym z wymaganych okresów poprzedzających przetarg musiał wykonać usługi o wartości nie niższej niż 500 000 złotych w każdym z lat. Minimalna ilość usług w tym okresie trzech lat wynosi dwie”.

Na potwierdzenie spełnienia przywołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał załączenia wykazu wykonanych usług, zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz oraz przedstawienia dokumentów, potwierdzających że usługi te zostały wykonane z należytą starannością (pkt IV. 2 lit g siwz).

Zamawiający wymagał również w pkt IV. 2 lit a siwz złożenia wraz z ofertą wypełnionego formularza ofertowego wraz z załącznikiem do niego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz. Jednocześnie przedstawił tabelę- formularz cenowy, która zawierała 10 pozycji wymieniających poszczególne koszty usługi oraz 6 kolumn, które mieli wypełnić wykonawcy, określających ilość/nakłady w skali miesiąca, wartość bez podatku VAT/ m-c, wartość bez podatku VAT/rok, podatek VAT/m-c, wartość z podatkiem VAT/ m-c oraz wartość z podatkiem VAT/ rok.

Zamawiający wymagał przedstawienia na formularzu oferty ceny łącznej brutto podanej zgodnie z tabelą formularz cenowy. W pkt VII.5 i 6 Zamawiający wymagał, aby cena podana w ofercie zawierała wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i aby była ceną obowiązującą w całym okresie ważności umowy.

W zakresie odwołania wniesionego przez Odwołującego – PWiK Sp. z o.o.

Wykonawca MWM w celu potwierdzenia spełniania warunku w zakresie doświadczenia zawodowego przedstawił wykaz usług (strona 16 oferty), gdzie zamieścił 3 realizacje wykonywane na rzecz:

1. Katowickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego „Budus” S.A. polegające na eksploatacji rozbudowanej i zmodernizowanej oczyszczalni ścieków chemicznych i biologicznych przy Zakładach Chemicznych Tarnowskie Góry na kwotę 512 630,30 zł, wykonywane w okresie od 1.06.2005 do 31.12.2005
2. Zakładów Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach, polegające na eksploatacji oczyszczalni ścieków Zakładów Chemicznych na kwotę 849 168,00 zł, wykonywane w okresie od 1.01.2006 do 31.12.2006.
3. Zakładów Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach, polegające na eksploatacji oczyszczalni ścieków Zakładów Chemicznych na kwotę 573 379,26 zł, wykonywane w okresach od 1.01.2007 do 15.04.2007 oraz od 20.08.2007 do 31.12.2007.

Na potwierdzenie należytego wykonania usług przedstawionych w wykazie Wykonawca – MWM Sp. z o.o. załączył: referencję Katowickiego Przedsiębiorstwa Przemysłowego „Budus” z dnia 9 maja 2008 roku, referencję Zakładów Chemicznych „Tarnowskie Góry” z dnia 4 czerwca oraz 16 protokołów odbioru technicznego.

Skład orzekający ustalił również, że Wykonawca MWM Sp.z o.o. załączył na stronie 2 oferty tabelę - formularz cenowy, która zawierała 11 pozycji wraz z dodatkowo wyszczególnioną, nie ujętą we wzorze, pozycją „kosztów codziennych analiz wykonywanych przez akredytowane laboratorium”. Jednocześnie formularz cenowy, załączony do oferty MWM Sp.z o.o. nie zawiera kolumny wymienionej we wzorze tego formularza, stanowiącego załącznik do swiz tj. kolumny określającej wartość bez podatku VAT/ m-c.

W tak ustalonym stanie faktycznym skład orzekający zważył co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot biorący udział w przedmiotowym postępowaniu i podnoszący zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy posiada szeroko rozumiany interes prawny, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania. Interes prawny Odwołującego sprowadza się bowiem do dążenia do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa.

W ocenie składu orzekającego Izby, za wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego (pkt IV.1 lit c siwz) należy uznać Wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia tej działalności jest krótszy- w tym okresie, zrealizowali lub nadal realizują co najmniej dwie usługi o wartości co najmniej 500 000 zł netto/rok, które polegają na obsłudze oczyszczalni przemysłowych w tym oczyszczające ścieki zawierające substancje niebezpieczne.

Zatem za wystarczające dla spełniania warunku udziału w postępowaniu było wykazanie się minimum dwiema realizacjami na wartość co najmniej 500 000 zł netto/ rok, wykonanymi lub wykonywanymi w okresie ostatnich trzech lat od dnia wszczęcia postępowania tj. w okresie od 7 maja 2008 roku do 6 maja 2005 roku.

Skład orzekający nie podziela w tej kwestii stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego, że warunek udziału w postępowaniu sformułowany w pkt IV.1 lit c siwz wymagał, aby Wykonawca przedstawił realizację na kwotę 500 000 zł netto w każdym z trzech lat, liczonym wstecz od dnia ogłoszenia postępowania. Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem, że w każdym z podanych przez Odwołującego przedziałów czasowych Wykonawcy winni wykazać się odpowiednimi realizacjami usług. Zarówno treść rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz.605) jak również treść pkt IV .1 lit c siwz w zakresie wymaganego doświadczenia, nie wprowadzają żadnych dodatkowych przedziałów czasowych w trzyletnim okresie, w jakim mają być wykazane usługi. Jediną granicą czasową jest dzień wszczęcia postępowania jako dzień od którego należy liczyć wstecz okres, w którym Wykonawcy winni wykazać się odpowiednimi realizacjami. Zatem Wykonawcy, biorący udział w postępowaniu mają swobodę wyboru w jakim czasie trzyletniego okresu bądź w okresie krótszym – jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy wykażą się realizacjami usług o wartościach odpowiadających wymaganiom Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego interpretacja warunku udziału w postępowaniu, zakładająca podział trzyletniego okresu na konkretne przedziały czasowe ograniczałaby w sposób istotny przyznaną w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2008 roku w sprawie rodzajów dokumentów swobodę co do wykazania się realizacjami w okresie ostatnich trzech lat.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać za wystarczające dla oceny spełnienia warunku w zakresie doświadczenia Wykonawcy MWM Sp. z o.o. wykazanie usług w pozycji 1 i 2 wykazu, zamieszczonego na stronie 16 oferty. Usługi te były wykonywane w okresie ostatnich trzech lat od wszczęcia postępowania (od 1.06.2005 do 31.12.2005 oraz od 1.01.2006 do 31.12.2006) ponadto każda z nich przekracza wymaganą przez Zamawiającego kwotę 500 000 zł netto na rok.

Niezależnie do stanowiska, że usługi wykazane w poz. 1 i 2 wykazu usług są wystarczające dla spełnienia warunku w zakresie doświadczenia skład orzekający, odnosząc się do zarzutów dotyczących nienależytego udokumentowania wykonania usługi wymienionej w pozycji nr 3 wykazu usług i stwierdził, że protokoły odbioru technicznego, załączone do oferty potwierdzają w istocie należyte wykonanie usług, bowiem w treści każdego z nich znajdują się stwierdzenia „oczyszczalnia ścieków eksploatowana była prawidłowo pod względem technicznym”. W ocenie składu orzekającego są one wystarczające dla potwierdzenia należytego wykonania usługi.

W odniesieniu do zarzutu podpisania protokołów odbioru przez osoby nieupoważnione do reprezentowania Zamawiającego, skład orzekający uznał, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który choćby uprawdopodobnił tę okoliczność. Zgodnie zaś z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Okoliczność nienależytego wykonania usługi przez MWM sp.zo.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalono w trakcie rozprawy Wykonawca MWM sp. z o.o. realizował usługę na rzecz Zakładów Chemicznych Tarnowskie Góry w okresie od 1.01.2007 do 15.04.2007 i od 20.08.2007 do 31.12.2007. Jak wynika z treści wyroku Sądu Okręgowego w dniu 16 października 2007 roku Sąd stwierdził konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy MWM sp. z o.o., co nie zmienia jednak faktu, że usługa była nadal wykonywana na podstawie wcześniej zawartej umowy przez MWM Sp. z o.o. aż do końca roku 2007. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że po wyroku Sądu Okręgowego usługa była wykonywana bezumownie, nadal bowiem wiązała strony umowa cywilnoprawna a sąd nie stwierdził jej nieważności. Wykonawca MWM Sp. z o.o. potwierdził fakt należytego wykonywania usługi protokołami odbiorów technicznych, załączonymi do oferty, zaś Odwołujący nie przedstawił wiarygodnego dowodu przeciwnego, w szczególności dotyczącego choćby zapłaty kar umownych z tytułu nienależytej eksploatacji oczyszczalni. Dowodu takiego nie mogą stanowić w szczególności powoływane przez Odwołującego protokoły przekazania oczyszczalni z dnia 2.01.2008 roku, bowiem nie odnoszą się one wykonywania należytego bądź nienależytego usługi przez poprzedniego użytkownika a jedynie potwierdzają istnienie usterek i brak urządzeń stwierdzonych w trakcie przekazania obiektu. Z podobnych względów nie można uznać za dowodu na tę okoliczność pisma z dnia 16.01.2008 roku, w którym Odwołujący informuje o braku usunięcia części usterek, bowiem z pisma tego wynika również fakt, że to MWM Sp. z o.o. dokonał niektórych naprawach.

W odniesieniu do zarzutu braku podania wartości usługi w treści referencji z dnia 4 czerwca 2008 roku wystawionej przez Zakłady Chemiczne Tarnowskie Góry, skład orzekający podziela w tej kwestii stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, że referencje nie muszą określać wartości usługi, bowiem stanowią one jedynie potwierdzenie należytego

wykonania usługi. Wystarczającym jest zatem, aby wartość usługi była przedstawiona w wykazie usług i była wyłącznie oświadczeniem woli wykonawcy, składającego ofertę. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w treści § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 22, art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust.1 i art. 44 ustawy jak również § 1 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów nie znalazł potwierdzenia.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut niezgodnego z treścią specyfikacji przedstawienia załącznika nr 1 tabeli- formularz cenowy. Jak wynika z przytoczonych w stanie faktycznym sformułowań siwz wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia niezależnie od ilości, wielkości wykonywanej usługi. Ustalone wynagrodzenie miesięczne wiąże strony umowy bez względu na sposób jego obliczenia. Nie można mówić również o sprzeczności w tym zakresie treści oferty z treścią siwz, bowiem wszystkie pozycje formularza cenowego zostały wycenione a Wykonawca dodatkowo uwzględnił koszty codziennych analiz, które zostały nota bene ujęte w przedmiocie zamówienia. Formularz cenowy przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym ma zatem jedynie charakter pomocniczy i nie można czynić Wykonawcom zarzutu z powodu błędnego jego wypełnienia.

Z podobnych powodów nie zasługuje na uwzględnienie zarzut braku umieszczenia w formularzu cenowym kolumny „wartość bez podatku VAT”. Dodatkowo należy wskazać na okoliczność, że dane z brakującej kolumny są możliwe do wyliczenia na podstawie innych danych w niej zawartych. Uchybienie to można rozpatrywać jedynie w zakresie naruszenia formy a nie treści, zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy nie potwierdził się.

W konsekwencji oddalenia odwołania zarzut naruszenia art.7 ust.1 i 3 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie odwołania wniesionego przez Odwołującego – MWM Sp. z o.o.

Skład orzekający ustalił:

Na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wymaganego doświadczenia Wykonawca PWiK Sp. z o. o przedstawił wykaz usług zawierający siedem realizacji, z czego trzy przekraczające kwotę 500 000 zł netto/rok wymaganą przez Zamawiającego. Usługi te były wykonywane na rzecz Gminy Tarnowskie Góry i obejmowały wykonywanie usługi odbioru i

oczyszczania ścieków przemysłowych o wartościach netto 614 385,00 zł, 521 804,00 zł, 581 063,00 zł i były wykonywane w latach 01.01.2005 - 31.12.2005, 01.01.2006 -31.12.2006 oraz 01.01.2007 - 31.12.2007. Na potwierdzenie należytego wykonania usług Wykonawca PWiK Sp. z o.o. przedstawił referencję z dnia 10 czerwca 2008 roku wystawioną przez Gminę Tarnowskie Góry.

Wykonawca PWiK przedstawił w ofercie formularz cenowy, który zawierał 10 pozycji, podobnie jak jego wzór stanowiący załącznik do siwz i nie ujmował odrębnie kosztów codziennych analiz. W pozycji 2 w wierszu o nazwie koszty magazynowania, wywozu i przekazywania odpadów jednostce uprawnionej – ciekłe odpady niebezpieczne- kod 19 08 07* Wykonawca PWiK podał ilość 25 mg.

Skład orzekający zważył co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający uznał, że Odwołujący jako podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i który zgłasza zarzuty pod adresem oferty uznanej za najkorzystniejszą posiada interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, uprawniający go do wniesienia odwołania.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Odwołującego dotyczący niespełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia przez PWiK Sp. z o.o. z powodu okoliczności, że usługi świadczone na rzecz Gminy Tarnowskie Góry nie odpowiadają wymogom Zamawiającego w zakresie przedmiotu tj. nie obejmują odbioru i oczyszczania ścieków przemysłowych. Skład orzekający zwraca uwagę na literalne brzmienie warunku określonego w pkt IV.1 lit c siwz, gdzie Zamawiający sprecyzował, że za usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia uzna usługi polegających na „obsłudze oczyszczalni przemysłowych, w tym oczyszczające ścieki zawierające substancje niebezpieczne”. Sformułowanie „obsługa oczyszczalni przemysłowych” należy rozumieć szeroko i nie można go zawęzić wyłącznie do usług polegających na odbiorze i oczyszczaniu ścieków przemysłowych, bo takiego stwierdzenia brak w warunku określonym w pkt IV.1 lit c siwz. Zamawiający nie określił, że usługi mają dotyczyć wyłącznie ścieków przemysłowych a nie innych będących mieszaniną różnych ścieków. Ponadto z treści pkt 2 referencji z dnia 10 czerwca 2008 roku wynika, że Wykonawca PWiK Sp. z o.o. „prowadził pełną obsługę w sposób ciągły trzech oczyszczalni ścieków (Śródmieście, Repty Śląskie, FAZOS w Tarnowskich Górach), oczyszczających ścieki przemysłowe zawierające substancje niebezpieczne oraz ścieki bytowe”. Powyższe potwierdza, w ocenie składu orzekającego wykonywanie usług odpowiadających wymaganiom określonym w pkt IV.1 lit c siwz w zakresie „obsługi oczyszczalni przemysłowych”. Ponadto skład orzekający wskazuje, że

zakres przedmiotu zamówienia jest szeroki i obejmuje nie tylko oczyszczanie ścieków przemysłowych ale także inne usługi polegające na obsłudze oczyszczalni przemysłowej np. zabezpieczenie terenu i majątku oczyszczalni ścieków, konserwacja i remonty urządzeń oczyszczalni ścieków i przepompowni odcieków itd. Należy zatem uznać, że wykazane doświadczenie w zakresie realizacji usługi na rzecz Gminy Tarnowskie Góry, obejmujące obsługę oczyszczalni przemysłowej, odpowiadają nie tylko określonym w siwz warunkowi udziału w postępowaniu ale również są usługami odpowiadającymi swoim rodzajom usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Wobec nie uwzględnienia zarzutu co do niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia również zarzut podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie znajduje uzasadnienia.

Zatem należy uznać, że zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 10 oraz art. 24 ust.2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 5 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz poprzez brak ujęcia w formularzu cenowym kosztów codziennych analiz. W ocenie składu orzekającego nie ujęcie tej pozycji przez Zamawiającego przy konstruowaniu i tak mającego charakter jedynie pomocniczy formularza cenowego nie może pociągać negatywnych skutków prawnych dla Wykonawcy, który przedstawił swoją kalkulację zgodnie z załączonym do siwz wzorem. Należy przyjąć, że Wykonawca ujął w cenie, która ma charakter ryczałtowy wszelkie koszty niezbędne do należytej realizacji usługi, w tym również koszty analiz a Zamawiający nie wymagał odrębnego wskazania tych kosztów. Nie wyszczególnienie przez Zamawiającego w formularzu cenowym wszystkich pozycji, objętych przedmiotem zamówienia świadczy dodatkowo o tym, że formularz ten miał charakter poglądowy, pomocniczy do obliczenia ceny ryczałtowej.

Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu zaniżenia w ofercie PWiK kosztów magazynowania, wywozu i przekazywania odpadów jednostce uprawnionej – ciekłe odpady niebezpieczne- kod 19 08 07*, gdzie Wykonawca podał ilość 25 Mg, podczas gdy Odwołujący w tej pozycji wskazał ilość 45 Mg, skład orzekający stwierdza, że przy tej formie wynagrodzenia jaką jest wynagrodzenie ryczałtowe bez znaczenia jest okoliczność założenia różnych ilości/nakładów w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia i rodzaj zastosowanego wynagrodzenia, Zamawiający nie podał konkretnych ilości, które należy przyjąć do formularza cenowego, pozostawiając w tej kwestii swobodę Wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu. Przedstawione dane w załączniku

nr 9, gdzie Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia i określił ilości zanieczyszczeń chemicznych usuniętych ze ścieków na oczyszczalni w okresie 2004 – 2007 mają jedynie charakter poglądowy.

Zatem przy tak ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym wszelkie kalkulacje i wyliczenia przedstawione przez Odwołującego w treści odwołania co do ilości i kosztów magazynowania, wywozu i przekazywania odpadów są bezprzedmiotowe. Istotą bowiem ceny ryczałtowej jest jej ustalenie z góry bez konieczności przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów, w tym kosztów zamieszczonych w formularzu cenowym, cena zaproponowana przez Wykonawcę jest ceną ostateczną bez względu na rozmiar, nakład czy ilość prac.

Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się.

W konwencji oddalenia odwołania nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust.1 ustawy.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*