

WYROK
z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Olkuszu i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gmina Olkusz

przy udziale wykonawcy K. K. Karolinx Recykling z siedzibą w Olkuszu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2287/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Miastu i Gminie Olkusz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy K. K. Karolinx Recykling z siedzibą w Olkuszu,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto i Gminę Olkusz i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Olkuszu i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Miasta i Gminy Olkusz na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Olkuszu i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Dąbrowie Górniczej kwotę 18 600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto i Gmina Olkusz wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Oczyszczanie Miasta — Letnie i Zimowe oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz”, numer sprawy OA.271.2.30.2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 170-415530.

W dniu 30 października 2019 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu; wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia - ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. (Lider) z siedzibą w Olkuszu i ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: K. K. Karolinex Recykling z siedzibą w Olkuszu, zwanego dalej Karolinex.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 12 listopada 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) Zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy Karolinex pomimo faktu, że Wykonawca ten na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanego dalej ustawą Pzp;

2) Zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Karolinex z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Karolinex nie złożył w określonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym naruszono przepis art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

3) Zaniechania czynności odrzucenia ofert Karolinex oraz Kosmo-Trans W. P. (dalej zwanego „Kosmo-Trans”), z uwagi na to, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów nr 1, 2 i 3

4) Zaniechania czynności wezwania wykonawcy CAROLINEX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pojazdami), pozwalającymi na realizację zamówienia na skutek pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

5) Zaniechania czynności wezwania Kosmo-Trans do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - powyższe wadliwe czynności i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Karolinex, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania zaś jego oferta powinna zostać odrzucona, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. Wykluczenia Karolinex z postępowania;
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Karolinex;
4. Odrzucenia oferty złożonej przez Kosmo-Trans;
5. Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

albo, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1, 2 lub 3:

6. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
7. Wezwania Karolinex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie;
8. Wezwania Kosmo-Trans do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
9. Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

1. Zarzut zaniechania czynności wykluczenia Karolinex z postępowania pomimo faktu, że Wykonawca ten na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że

spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami Rozdziału 5 punkt 2.3 SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Wykonawca powinien dysponować co najmniej:

- dwoma pługopiaskarkami o pojemności zabudowy pow. 4 m³ wyposażone w sterowane pługi z możliwością skrętu, (...)

Wszystkie w/w pojazdy muszą być w dyspozycji Wykonawcy, winny być trwale i czytelnie oznakowane (nazwa firmy, dane adresowe i numery telefonu), winny być zarejestrowane, dopuszczone do ruchu, posiadać aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do mchu.

Zauważył przy tym, że w części IV litera C. pod nagłówkiem: „narzędzia wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne” na stronie 15 JEDZ Karolinex, zapisano:

„Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:

SAMOCZODY: (...)

Ciężarowe - pługopiaskarki

DAF CF PZ278NG - leasing DAF CF NO6071S - leasing (...).

Przyznał, że Wykonawca Karolinex wskazał szczegółowo tożsamość pojazdów poprzez podanie ich numerów rejestracyjnych. Zgodnie z oświadczeniem Karolinex, pojazdami tymi dysponuje na podstawie umów leasingu.

Podobnie, w treści tabeli „Wykaz posiadanych urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia” (Załącznik 7 do SIWZ), złożonej Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, Karolinex w pozycji nr 4 i 5, ponownie zaznaczył:

4. Ciężarowe - pługopiaskarka o pojemności zabudowy pow.4m³ wyposażona w sterowany pług z możliwością skrętu - DAF FAR CF 85; 2011 – leasing,

5. Ciężarowe - pługopiaskarka o pojemności zabudowy pow.4m³ wyposażona w sterowany pług z możliwością skrętu - DAF FAR CF 85; 2010 – leasing.

Odwołujący wyjaśnił również, że w toku postępowania, na skutek wezwań kierowanych przez Zamawiającego, Karolinex złożył umowy leasingu dotyczące wskazanych

pojazdów ciężarowych.

Według Odwołującego - analiza zapisów umowy pomiędzy Karolinex a Europejskim Funduszem Leasingowym S.A. wskazuje, że objęty jej postanowieniami pojazd DAF/CF.85.410 6X2, jest tzw. „hakowcem” to jest pojazdem przeznaczonym do podnoszenia i wciągania np. kontenerów oraz transportu w ten sposób załadowanych kontenerów, bowiem w treści umowy zapisano, że jej przedmiotem jest leasing pojazdu: „DAF/CF.85.410 6X2/rok prod. 2010/MULTILIFT 20T”.

Odwołujący powołał się na okoliczność, że w czerwcu 2019 roku, fotografia pojazdu wskazanego w umowie została zamieszczona przez Karolinex w ogłoszeniu oferowanego pojazdu, który został zaoferowany do odsprzedaży („odstąpienia leasingu”).

Odwołujący wskazał, że na fotografii widnieje pojazd wyposażony w podnośnik/wciągarkę hakową i nie posiada żadnego innego wyposażenia.

Przekonywał, że nie widać zabudowy powyżej 4 m³, sterowanego pługu z możliwością skrętu, ani nawet jakichkolwiek elementów, które mogłyby wskazywać na możliwość podłączenia pługu wraz ze sterowaniem.

Jako dowód załączył do akt sprawy wydruk ze strony internetowej <https://sprzedajemy.pl/odstapie-leasing-daf-hakowiec-olkusz-2-6bea9f-nr59337786>.

Odwołujący wywodził, że pomimo faktu, że Karolinex oświadczył, iż dysponuje pojazdem o cechach spełniających warunki udziału w postępowaniu wskazując jednocześnie jego tożsamość, co doprowadziło do uznania przez Zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu zaś w konsekwencji, do wyboru w dniu 30 października 2019 roku oferty Karolinex, jako najkorzystniejszej, to w dniu 4 listopada 2019 roku, pojazd ten nie posiadał żadnych z zaoferowanych cech użytkowych i nadal był hakowcem.

Jako dowód załączył fotografię (kadr z filmu) wykonaną w dniu 4 listopada 2019 roku w Olkuszu.

Według Odwołującego - powyższe nie pozostawia żadnych wątpliwości, że pojazd DAF/CF.85.410 6X2/rok prod. 2010/MULTILIFT 20T o numerze rejestracyjnym NO 6071S nie posiada żadnej zabudowy, tym bardziej zabudowy powyżej 4 m³ ani sterowanego pługu z możliwością skrętu.

Dalej, komentował, że jest istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy to, że

zgodnie z punktem 5 postanowień ogólnych umowy leasingu, właścicielem pojazdu, który widnieje w dowodzie rejestracyjnym, jest Europejski Fundusz Leasingowy S.A.

Właściciel ma prawo do oznakowywania pojazdu oraz kontroli sposobu jego użytkowania. Umowa leasingu nie zawiera żadnych niestandardowych zapisów, uprawniających Leasingobiorcę (Karolinex) do dokonywania rozbudowy oraz przeróbek, co wiązałoby się z koniecznością dokonywania ponownej homologacji tego konkretnego egzemplarza pojazdu i musiałoby być odnotowane w dowodzie rejestracyjnym pojazdu.

Przeciwnie, argumentował, że w punkcie 3 postanowień ogólnych umowy leasingu mowa jest o tym, że przedmiotem umowy jest wyłącznie przekazanie prawa do użytkowania tego sprzętu. Jedynym rozszerzeniem, jest dopuszczenie do użytkowania poza granicami Polski, czego dowodem jest stosowny załącznik do umowy.

Z tego powodu, w przekonaniu Odwołującego wskazany pojazd nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale też nie ma żadnych prawnych możliwości, aby w chwili obecnej dostosować go do potrzeb przedmiotowego zamówienia.

Zatem informacja wskazująca, jakoby pojazd DAF/CF.85.410 6X2/rok prod. 2010/MULTILIFT 20T o numerze rejestracyjnym NO 6071S posiadał zabudowę powyżej 4 m3 oraz sterowany pług z możliwością skrętu, jako nieprawdziwa, została wytworzona przez Karolinex i przekazana Zamawiającemu.

Powyższa informacja Karolinex wywołała skutek w postaci uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz wyboru oferty tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że działanie Karolinex obliczone było na przekonanie Zamawiającego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy jest to niezgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd. Wypełnione zostały zatem przesłanki normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które nakazują wykluczenie Wykonawcy winnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący przekonywał, że przywołany przepis związany jest z określeniem warunków świadomości w jakiej działa Wykonawca wprowadzający w błąd. Pojęcie zamierzone działania to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Natomiast pojęcie rażącego niedbalstwa odnoszone jest do

naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności.

Zdaniem Odwołującego - nie ulega wątpliwości, że zachowanie Karolinex wypełniło przesłanki zachowań, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, bowiem jego działania nakierowane były właśnie na ominięcie wymogów sprecyzowanych przez Zamawiającego w treści warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten wiedząc, że pojazdy którymi dysponuje, nie posiadają cech technicznych i użytkowych, pozwalających na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, celowo przedstawił informację niezgodną z prawdą i stanem faktycznym. Doprowadził do podjęcia przez Zamawiającego decyzji naruszającej przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów. Wykonawca podając informację nieprawdziwą wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób świadomy, lub w wyniku rażącego niedbalstwa.

Dalej, argumentował, że wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny oraz jest ustalany niezależnie od przymiotów i cech osobistych konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego i konkretnych okoliczności (tak, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 roku sygnatura akt V CK 311/02) Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten podlega podwyższeniu gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na Wykonawcę który składa ofertę, a w tym dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zatem jeśli Wykonawca tego nie czyni i przedstawia informacje pozostające w sprzeczności z faktami to dopuszcza się co najmniej rażącego niedbalstwa.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego - powinno nastąpić wykluczenie Karolinex w wyniku ziszczenia się przesłanki art. 24 ust 1 pkt.16 w związku z art. 24 ust.1 pkt. 12 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym dysponowania maszynami i urządzeniami, co do których Zamawiający określił podstawowe wymagania jakim powinny takie maszyny i urządzenia odpowiadać w wyniku świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie pojazdów, które tych wymagań nie spełniają.

Z ostrożności, w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała że

wprowadzenie w błąd nie było skutkiem zamierzonego działania, lub rażącego niedbalstwa, Odwołujący powołał się na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17, nakazującą wykluczenie wykonawcy który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „w przypadku stwierdzenia zawinionego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Karolinex z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Karolinex nie złożył w określonym terminie wyjaśnień z dowodami potwierdzającymi że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 24 października 2019 roku, za pismem numer OA.271.2.30.2019, Zamawiający wezwał Karolinex do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący przywołał treść wezwania Zamawiającego: „Miasto i Gmina Olkusz, działając zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r. poz. 1843) wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie części składowych zaoferowanej ceny, ponieważ wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Szczególne wątpliwości Zamawiającego budzi stawka jednostkowa za jednokrotne interwencyjne (na zgłoszenie) oczyszczanie.

W związku z tym, miejscu Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego, wezwania Karolinex do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny była w pełni uzasadniona merytorycznie.

Według zapatrywania Odwołującego - nie tylko bowiem nierealna jest cena jednostkowa Karolinex zaoferowania za jego pismem z dnia 29 października 2019 roku dotycząca realizacji interwencyjnych zgłoszeń telefonicznych oczyszczania ulicy, chodnika,

parkingu, bądź przystanku po nawałnicach, kolizjach i wypadkach drogowych do 1 godz. od zgłoszenia oraz oczyszczania przystanków do 2 godz. od zgłoszenia w kwocie 10 zł, na co między innymi powołał się Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień.

Odwołujący dowodził powołując się na umowę Podwykonawstwa numer 2028/17 z dnia 31 października 2017 r. koszty tej samej usługi interwencyjnego utrzymania, Karolinex do tej pory świadczył za zaoferowaną Odwołującemu cenę jednostkową 800,00 zł., jako jego podwykonawca.

Zdaniem Odwołującego - nierealne są z całą pewnością również jeszcze o połowę niższej spozycjonowane (5 zł), ceny jednostkowe interwencyjnego utrzymania :

- 1) Dróg kategorii 2 , gdzie cena jednostkowa obejmuje utrzymanie 1 km drogi w ciągu doby, po zleceniu przez Zamawiającego;
- 2) Parkingów, placów, chodników kategorii 2, gdzie cena jednostkowa obejmuje utrzymanie 1000 m2 placów, parkingów, chodników w ciągu doby, po zleceniu przez Zamawiającego;
- 3) Chodników i przystanków kategorii 2, gdzie cena jednostkowa obejmuje utrzymanie 1000 m2 chodników w ciągu doby, po zleceniu przez Zamawiającego.

Zarzucił, że w treści pisma Karolinex nie zawarł żadnych kalkulacji ani tym bardziej dowodów i nie odniósł się do podstawy zaoferowania ceny oferty, skupiając się raczej na instruowaniu Zamawiającego o nieistotności jego wątpliwości i przez to bezprawnym charakterze wezwania do wyjaśnień.

Karolinex podał jedynie, że zatrudnia pracowników na trzy zmiany, a jego baza znajduje się w centrum Olkusza, a także, że jest Punktem Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, co daje mu korzystne warunki gospodarowania odpadami.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Karolinex, że utrzymywanie pracowników na trzy zmiany nie rodzi kosztów, które powinny zostać odniesione do konkretnego zamówienia poprzez wykonanie określonej kalkulacji cenowej.

Wobec tego Odwołujący wskazał, że art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przewiduje wskazuje obowiązek wykonawcy wyliczenia kosztów i przedstawienia dowodów, że zatrudnieni pracownicy za wykonywanie konkretnych czynności objętych zamówieniem i wpływających na wyliczenie ceny zamówienia, otrzymują wynagrodzenie nie naruszające przepisów prawa pracy.

Zauważył, że nie wiadomo także, jakie koszty związane z gotowością sprzętu

technicznego do użycia przewidział Karolinex, a sądząc po treści wyjaśnień, koszty te nie zostały w ogóle ujęte w kalkulacji.

Wywodził, że tym bardziej wskazanie na to, że takie same ceny zostały wskazane w ofercie Kosmo-Trans, nie może wywierać wpływu na dokonaną przez Zamawiającego ocenę wyjaśnień.

Co nie mniej istotne, zaznaczył, że Karolinex w ogóle nie odniósł się do obowiązku wyjaśnienia pozostałych elementów cenotwórczych, podczas gdy Zamawiający w treści wezwania żądał do złożenia wyjaśnień w zakresie części składowych zaoferowanej ceny, ponieważ wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Argumentował, że Zamawiający zastosował liczbę mnogą co musiało być jednoznacznie odczytane, jako wezwanie do wyjaśnienia mnogich części składowych. Stawka za jednokrotne interwencyjne oczyszczenie wskazana została wyłącznie jako budząca szczególne wątpliwości Zamawiającego. Karolinex tym czasem nie odniósł się w ogóle, nie wyjaśnił ani nie załączył dowodów odnoszących się do żadnych innych składników cenotwórczych.

Odwołujący podniósł, że ocena złożonych wyjaśnień musiała prowadzić Zamawiającego do wniosku, że faktyczne wyjaśnienia wraz z dowodami nie zostały w ogóle złożone, a zatem Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Karolinex.

Stwierdził, że ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być uważane za złożenie wyjaśnień, zatem dalsze wzywanie do złożenia wyjaśnień nie może być odczytywane inaczej, niż jako naruszenie przepisów art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący podniósł, że otrzymawszy pismo z dnia 29 października 2019 roku, Zamawiający powinien był podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Karolinex w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Powołał się na przepis art 90 ust 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - pomimo, że Zamawiający wezwał Karolinex do złożenia wyjaśnień z dowodami, Wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z tą sytuacją Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Karolinex po otrzymaniu pisma z 29 października 2019 roku, bowiem nie może ono zostać uznane za wyjaśnienia, których złożenia Zamawiający zażądał pismem z dnia 24 października 2019 roku. Nie zawierało ono żadnych faktycznych informacji ani dowodów na to, że cena nie jest rażąco niska.

Zaniechawszy odrzucenia oferty Karolinex Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

3. Zaniechanie czynności odrzucenia ofert Karolinex oraz Kosmo-Trans z uwagi na to, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku procedury wyjaśniania treści dokumentów złożonych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Karolinex złożył fakturę, potwierdzającą nabycie zamiatarki Hortmasz od Kosmo-Trans.

Zauważył, że zgodnie z treścią tego dokumentu, sprzedaż nastąpiła w dniu 30 września 2019 roku, załączył dowód w postaci faktury KOSMO-TRANS numer 98/2019 z dnia 30 września 2019 r.

Wskazał, że zgodnie z SIWZ, termin do złożenia ofert upływał w dniu 7 października 2019 r., co oznacza, że sprzedaż przez Kosmo-Trans na rzecz Karolinex, zamiatarki o parametrach i cechach funkcjonalno — użytkowych zgodnych z treścią warunku udziału w postępowaniu, umożliwiło Karolinex skuteczne złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Z powyższego zestawienia faktów Odwołujący wyprowadził wniosek, że gdyby Kosmo-Trans nie sprzedał Karolinex zamiatarki Hortmasz, wykonawca ten nie mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, bowiem nie wykazał by się dysponowaniem wymaganą, przez Zamawiającego zamiatarką.

Skoro jednak taka zamiatarka została Karolinex odsprzedana przez Kosmo-Trans, to Karolinex uzyskał możliwość wykazania się dysponowaniem kluczowym sprzętem i zaradem

skutecznego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Oświadczył, że złożenie ofert nastąpiło po upływie siedmiu dni po sprzedaniu przez Kosmo-Trans zamiatarki Hortmasz na rzecz Karolinex. Odsprzedaż nastąpiła w trakcie postępowania przetargowego.

Wskazał okoliczność, że obydwaj wykonawcy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza, że wykonawca Kosmo-Trans pomógł Karolinex z ofertą na kwotę 6 587 051,63 zł wystartować w przetargu pomimo faktu, że miał intencję złożyć w tym przetargu ofertę, co niniejszym uczynił na kwotę 5 999 756,61 zł.

Analiza zapisów formularza „Wykaz cen” złożonego w ofercie Karolinex oraz Kosmo-Trans potwierdziła – w ocenie Odwołującego, że wykonawcy ci uzgodnili warunki składanych ofert.

Oferta Karolinex jest droższa o ponad 500 tysięcy złotych, lecz Kosmo — Trans zaoferował na tyle niskie parametry w kryterium „2)Wysokość kary umownej za każdy dzień niewykonania prac przez Wykonawcę całości lub części przedmiotu umowy”, że to oferta Karolinex uzyskała wyższą punktację.

Według Odwołującego - doszło przy tym do uzgodnienia cen, bowiem ceny jednostkowe zaoferowane przez obydwóch wykonawców w pozycjach odnoszących się utrzymania zimowego, są identyczne.

W swoim odwołaniu Odwołujący powołał się na Zestawienia cen jednostkowych zimowego utrzymania Karolinex oraz Kosmo-Trans.

Dodatkowo, wyjaśnił, że do niedawna wykonawcą usług objętych przedmiotem zamówienia, był Odwołujący, Podwykonawcą jest Karolinex (Umowa Podwykonawstwa numer 2028/17 z dnia 31 października 2017 r.), a zatem podmiot ten posiada zatem wiedzę na temat sposobu kształtowania cen przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego - wiedze tę wykorzystał on do spozycjonowania cen własnych oraz Kosmo-Trans na poziomie, który w jego mniemaniu zagwarantował odepchnięcie Odwołującego od zamówienia.

Przekonywał, że takie uzgodnione złożenie ofert spowodować miało, iż w przypadku

nawet odrzucenia oferty Karolinex, pozostawała jeszcze tańsza oferta Kosmo-Trans, co miało wyglądać na jeszcze korzystniejsze dla Zamawiającego.

Zestawienie tych faktów doprowadziło go do przekonania, że Karolinex oraz Kosmo-Trans, zawarły niedozwolone porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji na rynku właściwym.

Stwierdził, że ustalone powyżej okoliczności pozwoliły mu na wysnucie wniosku, że Karolinex i Kosmo-Trans zawarły porozumienie dotyczące co najmniej uzgodnienia treści składanych ofert w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, którego przedmiotem było utrudnienie Odwołującemu możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie na warunkach rynkowych.

Wywodził, że obydwie podmioty złożyły oferty znacznie poniżej cen rynkowych, przez co zamierzały zablokować prawidłową konkurencję, a zachodząca pomiędzy Karolinex i Kosmo-Trans współpraca przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie przejawiająca się w uzupełnieniu przez Kosmo-Trans wyposażenia Karolinex niezbędnego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie uzgodnieniu dużej części cen jednostkowych wskazuje, że powyższy wniosek jest racjonalny i uzasadniony.

Natomiast takie działanie Karolinex i Kosmo-Trans jest nie tylko sprzeczne z dobrymi obyczajami, które nakazują wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia konkurować pomiędzy sobą, ale wprost narusza art. 6 ust. 1 uokik, a także narusza interes Zamawiającego, który został narażony finalnie na możliwość niezyskania zamawianych świadczeń na określonym poziomie oraz prawdopodobną konieczność tolerowania stosowania wynagrodzeń pracowniczych poniżej płacy minimalnej.

W rezultacie Zamawiający powinien był odrzucić oferty Karolinex oraz Kosmo - Trans na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym wybór tej oferty jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty Kosmo- Trans zostały dokonane z naruszeniem przepisów wskazanych w treści niniejszego odwołania.

4. Zarzut zaniechania czynności wezwania wykonawcy Karolinex do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pojazdami), pozwalającymi na realizację zamówienia na skutek pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zastrzegł, że postawiony zarzut ma charakter ostrożnościowy i zgłoszony na wypadek nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt. 17 ustawy Pzp.

W takim przypadku podniósł, że materialna ocena dowodów przedstawionych przez Odwołującego na potwierdzenie, że pojazd DAF CF NO6071S nie spełnia wymagań Zamawiającego postawionych w treści warunku udziału w postępowaniu dla pojazdów, którymi powinien dysponować Wykonawca, doprowadził go do wniosku, że Karolinex spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wykazał.

Podtrzymując wnioski dowodowe i argumentację podniesioną na potwierdzenie zarzutu numer 1 Odwołujący wskazał, że z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był wezwać Karolinex do uzupełnienia dokumentów zakresie potencjału maszyn i urządzeń, którymi dysponuje wykonawca na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

5. Zarzut zaniechania czynności wezwania KOSMO-TRANS do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - przedstawione w uzasadnieniu zarzutu nr 3 porównanie ofert złożonych przez Karolinex oraz Kosmo-Trans wskazuje na identyczny sposób kształtowania ceny ofert tych wykonawców w odniesieniu do utrzymania zimowego oraz interwencyjnego.

Według Odwołującego - Zamawiający wezwał do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Wykonawcę Karolinex, którego cena oferty wynosi 6 587 051,63 zł, zaniechawszy jednocześnie wezwania Kosmo-Trans, którego cena oferty wynosi 5 999 756,61 zł, a zatem tego rodzaju niekonsekwencja musi zostać potraktowana jako zaniechanie naruszające przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem przepis ten bowiem odnosi się do ceny oferty, jako przedmiotu subiektywnej oceny Zamawiającego: „jeżeli cena wydaje się rażąco niska”.

Skoro cena oferty Karolinex wydawała się rażąco niska, to tym bardziej cena oferty Kosmo-Trans, niższa łącznie od ceny Karolinex o 587 295,02 zł, tym bardziej powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Zaniechawszy wezwania Kosmo-Trans do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 pkt 1

ustawy Pzp.

W dniu 18 listopada 2019 r. wykonawca K. K. Karolinex Recykling z siedzibą w Olkuszu zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 24 października 2019r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego z dnia 29 października 2019 r., stanowiska Przystępującego z dnia 26 listopada 2019r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, że na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26 listopada 2019 r. Odwołujący oświadczył, że po przenalizowaniu treści złożonego stanowiska Przystępującego cofa zarzut nr 1 i nr 4, zatem do rozpoznania – zdaniem Izby - pozostały jedynie zarzuty nr 2, nr 3 i nr 5.

Następnie, Izba stwierdziła, że do akt sprawy nie wpłynęła jakakolwiek odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, a także ustalono, że Zamawiający nie stawił się na posiedzenie i rozprawę zawiadomiony o tym prawidłowo.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego w powyższym zakresie zaskarżenia, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4 oraz art.90 ust.3 w związku z art.7 ust.1(zarzut nr 2), przy czym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 3).

Z powodu zgłoszenia przez Odwołującego zarzutu nr 5, jako ewentualnego, aktualizującego się jedynie w sytuacji braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2, nr 3, uznając zasadność zarzutu nr 2 w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba doszła do przekonania, że rozstrzygnięcie zarzutu nr 5 jest bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 października 2019 r. Zamawiający na zasadzie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie części składowych zaoferowanej ceny, ponieważ wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Szczególne wątpliwości Zamawiającego budzi stawka jednostkowa za jednokrotne interwencyjne (na zgłoszenie) oczyszczanie.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący pismem z dnia 29 października 2019 r. udzielił wyjaśnień w tej materii.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, a także takiej, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jako bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność zasadności podjęcia przez Zamawiającego procedury zmierzającej do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, Izba uznała działanie Zamawiającego dotyczące wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp. Okoliczność zasadności wezwania w tym trybie nie była kwestionowana przez Odwołującego i Przystępującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby - dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Przystępującego była nierzetelna i nie uwzględniała ich treści oraz okoliczności braku skutecznego obalenia przez Przystępującego domniemania rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia wobec ich lakoniczności, ogólności, a także nieprzedstawienia w wyjaśnieniach stosownych dowodów wykazujących realność kwestionowanego kosztu.

Według zapatrywania Izby - taka ocena Zamawiającego powyższych wyjaśnień Przystępującego została dokonana, nie w sposób wszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez jakichkolwiek dowodów nie mogła potwierdzić, że oferta ta nie zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w swoim wezwaniu jednoznacznie oczekiwał od wykonawcy wyjaśnień w zakresie części składowych zaoferowanej ceny, a także wyjaśnienia jednostkowej stawki za jednokrotne interwencyjne (na zgłoszenie) oczyszczanie.

Izba ustaliła, że Przystępujący do treści powyższego wezwania żadnych zastrzeżeń nie zgłaszał, a w szczególności nie wnosił w tym zakresie środka ochrony prawnej, a zatem należało przyjąć, że stał się związany zakresem żądania zawartego w tym wezwaniu.

Izba stwierdziła, że w treści spornych wyjaśnień Przystępującego nie ma jakiegokolwiek kalkulacji kosztów w zakresie części składowych zaoferowanej ceny, czego wymagał Zamawiający, a także przy tych wyjaśnieniach nie przedłożył żadnych dowodów wykazujących realność tych kosztów na poziomie kilku złotych.

Zdaniem Izby – Przystępujący błędnie przyjmuje, że w sprawie tej chodziło o rażąco niską cenę jako całość.

Izba stanęła na stanowisku, że wezwanie Zamawiającego dotyczyło istotnych części składowych ceny i szczegółowego kosztu usługi jednokrotnego interwencyjnego (na zgłoszenie) oczyszczania, a nie całości tej ceny.

Należało również przyjąć, że zarówno samo doświadczenie Przystępującego w zakresie ceny jednostkowej szczegółowego kosztu usługi jednokrotnego interwencyjnego (na zgłoszenie) oczyszczania uzyskane w relacjach gospodarczych z Odwołującym w obrocie prywatnym nie może być automatycznie przenoszone na grunt ustawy Pzp.

W tym kontekście nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że koszt jednostkowy może być uznawany za stały koszt wliczony w kalkulację aktualnie wykonywanego zadania związanego z oczyszczaniem miasta i marketów.

Za uzasadnioną można potraktować jedynie argumentację Przystępującego o posiadaniu potencjału w centrum miasta Olkusz, jednak jest to jedyny argument świadczący na jego korzyść, jednak – w opinii Izby – nie jest to okoliczność powodująca obalenie domniemania rażąco niskiego kosztu i rażąco niskich istotnych części składowych ceny.

Należy podkreślić, że przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp określa w sposób konsekwentny zakres elementów podlegających wyjaśnieniu przez Zamawiającego, który może podlegać jego ocenie oddzielnie i łącznie, a są to cena jako całość za wykonanie

przedmiotu zamówienia, poszczególny koszt tej ceny, a także istotne części składowe tej ceny.

W ocenie Izby - celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie przez Zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

W rozpoznawanej sprawie takie ustalenia nie zostały poczynione przez Zamawiającego, który nawet nie podjął się obrony przed zarzutami w tym zakresie, a zatem Izba doszła do przekonania, że doszło do naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp, a oferta Przystępującego na tej podstawie powinna zostać odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 dotyczącego braku uznania przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony.

Stosownie do przepisu art.3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według Odwołującego oferta Przystępującego została złożona w warunkach zмовы przetargowej, o której mowa w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który to przepis stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W ocenie Izby – okoliczność sprzedaży sprzętu pomiędzy Przystępującym a innym wykonawcą Kosmo Trans w okresie pomiędzy publikacją ogłoszenia a terminem otwarcia ofert, a także fakt wpisania do zestawienia cen jednostkowych takich samych cen jednostkowych przez tych dwóch wykonawców za okres zimowy może jedynie uprawdopodobniać istnienie takiego porozumienia, jednak nie przesądza to i nie dowodzi to

możliwości wystąpienia sytuacji, że informacja cenowa wyszła w sposób niekontrolowany od jednego z tych dwóch wykonawców i została bez wiedzy tego drugiego wykorzystana w przetargu.

Nadto, Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowanie przez Kosmo Trans Zamawiającemu takich warunków w zakresie kar umownych, że nie otrzymał w tym zakresie punktacji w kryterium oceny ofert, świadczy o tym, że zabieg ten był uzgodniony z Przystępującym w celu wygrania przez tego drugiego przetargu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....