

WYROK
z dnia 26 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Izery sp. z o.o. w Lubomierzu** oraz **Simeko sp. z o.o. w Jeleniej Górze**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę i Miasto Lwówek Śląski z siedzibą w Lwówku Śląskim**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z siedzibą w Lwówku Śląskim** oraz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. w Lubawce**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Izery sp. z o.o. w Lubomierzu** oraz **Simeko sp. z o.o. w Jeleniej Górze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Izery sp. z o.o. w Lubomierzu** oraz **Simeko sp. z o.o. w Jeleniej Górze** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych Izery sp. z o.o. Lubomierzu** oraz **Simeko sp. z o.o. w Jeleniej Górze** na rzecz **Gminy i Miasta Lwówek Śląski z siedzibą w Lwówku Śląskim** kwotę **4.711 zł 96 gr** (słownie: czterech tysięcy siedmiuset jedenastu złotych dziewięćdziesięciu sześciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stawiennictwa i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina i Miasto Lwówek Śląski z siedzibą w Lwówku Śląskim – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski oraz prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) na terenie miasta Lwówek Śląski”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2015 r., 2015/S 144-266291.

W dniu 2 października 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Izery sp. z o.o. Lubomierzu oraz Simeko sp. z o.o. w Jeleniej Górze, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z siedzibą w Lwówku Śląskim oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. w Lubawce, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) czynności badania i oceny ofert,
 - 3) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego,
 - 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
 - 5) z ostrożności – wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
 - 6) z ostrożności – wobec zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny
- odwołujący wniósł w dniu 12 października 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co przejawia się w nierzetelnym badaniu oferty wykonawcy wybranego oraz wybrania jako najkorzystniejszej oferty nie spełniającej wymagań SIWZ, w której nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zawierającej rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, której wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, w związku z czym wykonawca podlega wykluczeniu; oraz świadomym i celowym niepodjęciem czynności, do której zamawiający jest zobowiązany w sytuacji, kiedy jego pracownik bezpośrednio odpowiedzialny za całokształt prowadzenia przetargów publicznych u zamawiającego jest jednocześnie członkiem rady nadzorczej jednego z oferentów,

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy który przy sporządzaniu oferty posługiwał się osobami uczestniczącymi w dokonywaniu bezpośrednio czynności, związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania po stronie zamawiającego, a za osobę spełniającą ww. przesłanki należy uznać radcę prawnego, czuwającego nad realizacją przetargów publicznych u zamawiającego,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez brak spełnienia warunku posiadania bazy magazynowo transportowej (poprzez wskazanie bazy, niespełniającej wymogów oraz do której wykonawca wybrany nie posiada tytułu prawnego),
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona,
- 7) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu,
- 8) z ostrożności - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez brak wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zwłaszcza w sytuacji, kiedy zamawiający posiada wiedzę na temat braku spełnienia wymogów SIWZ przez wykonawcę wybranego,
- 9) z ostrożności - art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy zamawiający posiada pełną wiedzę na temat ceny rynkowej elementu kształtującego globalną cenę za wykonanie przedmiot zamówienia, który sam ustanowił jako część Dokumentu 5 - kosztorysu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia przystępującego z postępowania,

- 3) odrzucenia oferty przystępującego,
- 4) dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami SIWZ zawartymi w rozdziale 8 SIWZ pn. *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w tym bazą magazynowo-transportową usytuowaną i wyposażoną zgodnie z wymaganiami opisanymi w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122). Przystępujący zadeklarował dysponowanie bazą magazynowo-transportową usytuowaną przy al. Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim, wskazując jako podstawę dysponowania umowę dzierżawy. Odwołujący podniósł, że przystępujący nie dysponuje odpowiednim zezwoleniem wodnoprawnym, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 przywołanego rozporządzenia. Z kolei umowa dzierżawy obejmuje lokalizację PSZOK na wskazanej działce, co jednak nie powoduje, że jest tytułem prawnym dla bazy magazynowo - transportowej. Baza, wskazana w ofercie przystępującego, mieści się w tej samej lokalizacji, co PSZOK prowadzony przez członka konsorcjum Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o., jednak, jak wynika z dokonanych oględzin, teren wskazany jako jednocześnie ww. baza oraz PSZOK może pełnić jednocześnie albo rolę jednego albo drugiego. Zgodnie z wymaganiem Części III SIWZ zawartymi w § 1 ust. 7.3 wzoru umowy, teren przeznaczony na PSZOK powinien mieć powierzchnię min. 0,3 ha. Działka na której jest usytuowana baza wskazana w ofercie ma 0,3997 ha powierzchni. Na bazę spełniającą wszystkie wymogi rozporządzenia pozostaje zatem 0,0997 ha.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, iż radca prawny obsługujący zamawiającego, w tym wydziały: Organizacyjny, Inwestycji i Zamówień Publicznych, Finansowo-Budżetowy, Gospodarki Przestrzennej, Nieruchomości oraz Rolny i Ochrony Środowiska a także referat Gospodarki Odpadami, pani I. Ł.-T., jest jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej Zakładu Oczyszczania Miasta sp. z o.o. w Lwówku Śląskim, który to wykonawca złożył ofertę w ww. postępowaniu, poddaje co najmniej w wątpliwość, czy czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Osoba, która z racji pełnionych obowiązków zawodowych ma brać udział w opracowaniu dokumentacji przetargowej i nadzorować kwestie prawne w przebiegu postępowania ze strony zamawiającego, a co za tym idzie reprezentować interesy zamawiającego, równocześnie

zajmuje funkcję w organie nadzorczym przystępującego, który brał udział w postępowaniu i realizował wszystkie dotychczasowe zlecane przez zamawiającego przetargi, powoduje brak zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Przystępujący powinien podlegać wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zagrożenie zachowania zasady konkurencji w takim wypadku dotyczy m.in. faktu, że osoba będąca prawnikiem, obsługującym m.in. Wydział Zamówień Publicznych zamawiającego, ma pełną wiedzę, jak będą interpretowane zapisy ofert, złożonych przez wykonawców, może swobodnie kształtować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby w pierwszej kolejności były one możliwe do spełnienia przez wykonawcę, z którym łączą ją stosunki służbowe. Dotyczy to przykładowo warunku przewidzianego w postępowaniu tj. uruchomienia PSZOK w terminie 3 dni od dnia podpisania umowy. Ustanowienie tego warunku miało na celu zdyskwalifikowanie innych podmiotów, chcących wziąć udział w postępowaniu, gdyż nie zostało przewidziane „przekazanie” PSZOK na rzecz ewentualnego innego wykonawcy, który musiałby zapewnić utworzenie PSZOK od nowa. Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej (dalej - „u.g.k.”) w spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego działa rada nadzorcza. Jest to istotny element kontroli wspólników nad działaniami zarządu spółki, w kompetencjach członków rady nadzorczej leży bowiem dbanie o interes wspólników w tym przypadku 100-procentowego udziałowca, czyli Gminy Lwówek Śląski. Prawnik odpowiedzialny za kwestie prawne w zakresie działu zamówień publicznych jak i referatu gospodarki odpadami u zamawiającego, nie może być uznany za bezstronną osobę, skoro, z racji pełnionej funkcji w organie spółki, ma obowiązek działania na jej korzyść i istotny interes w tym, aby właśnie spółka należąca do zamawiającego wygrała przetarg. Przejawiać się to może chociażby w braku prowadzenia postępowania w sposób ujawniający złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę wybranego w zakresie niezgodnego z prawem prowadzenia bazy magazynowo-transportowej, czy też braku posiadania tytułu prawnego w tym zakresie.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że jeden z elementów ceny, wykazywany przez przystępującego w dokumencie 5 tabela 3, to jest prowadzenie PSZOK, a określony przez przystępującego na poziomie 1800,03 zł brutto wprowadzi do uznania, że cena jest rażąco niska. W maju wykonawca Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. - który jest obecnie członkiem i liderem konsorcjum wziął udział w przetargu o tym samym zakresie rzeczowym i oferował tę samą usługę (prowadzenie PSZOK) za cenę 4,14 razy wyższą niż w niniejszym postępowaniu, tj. na poziomie 7452,00 zł brutto. Był to zarazem pierwszy przetarg, do którego stanęły firmy inne niż Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. jako spółka gminna i pierwszy, który ta spółka przegrała, oferując właśnie cenę za prowadzenie PSZOK na poziomie prawie 7,5 tys. zł/mc. W lipcu ten sam wykonawca tj. Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o., został wybrany w

procedurze z wolnej ręki do realizacji zadania w tym samym zakresie na okres 3,5 miesiąca. Zaoferował wtedy cenę 441.104,40 zł brutto, co oznacza, że w przypadku przyjęcia proporcjonalności podziału kwoty miesięcznie za realizację wszystkich zadań przysługiwało wynagrodzenie w wysokości 126.029,83 zł. Obecnie, przyjmując tę samą metodę proporcjonalności, miesięczne wynagrodzenie w podziale na miesiące wynosi 98.998,68 zł brutto. A tym razem wykonawcą jest konsorcjum 2 firm, więc oczywistym jest, że konsorcjanci kwotę tę będą się musieli podzielić. Na rynku cena za prowadzenie PSZOK jest kalkulowana z wielu czynników stałych oraz zmiennych i nie jest możliwe wykonanie w żądanym przez zamawiającego zakresie na poziomie 1800,03 zł brutto za miesiąc.

W dalszej części odwołania, w odniesieniu do pierwszego zarzutu, odwołujący dodał, że przystępujący świadomie i z premedytacją, licząc na współdziałanie zamawiającego, przedstawił nieprawdziwe informacje na temat posiadanej bazy magazynowo-transportowej. Argumentował, że nie można faworyzować, udzielając zamówienia, wykonawców, którzy działając w sposób niedbały, bez należytej staranności, oświadczając nieprawdę wprowadzili w błąd zamawiającego, kosztem tych wykonawców, którzy wymagania zamawiającego rzeczywiście spełniają.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z siedzibą w Lwówku Śląskim oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” sp. z o.o. w Lubawce. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 2 października 2015 r., odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska

stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, a także odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności wykluczenia tego wykonawcy, względnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

1. Zarzuty dotyczące dysponowania przez przystępującego bazą magazynowo-transportową

Ustalono, że w pkt 8.1.2. lit b. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zastrzegł, że wykonawca powinien dysponować m.in. *bazą magazynowo – transportową usytuowaną i wyposażoną zgodnie z wymaganiami opisanymi w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122)*. W pkt 8.2. SIWZ zamawiający wskazał, że *na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, dokona oceny spełniania warunków podmiotowych według*

formuły „spełnia – nie spełnia” w oparciu o informacje zawarte w wymaganych dokumentach i oświadczeniach, o których mowa w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W pkt 9 SIWZ wskazano, że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy do oferty należy dołączyć m.in.:

9.1.1. *Podpisane oświadczenie o spełnianiu warunków art. 22 ust. 1 ustawy – wzór: Dokument 1 pkt. I;*

9.1.6. *Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – wzór: Dokument 3.*

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący (protokół postępowania). Członkowie konsorcjum przystępującego załączyli do swej oferty wypełnione dokumenty 1, w których każdy z członków konsorcjum złożył oświadczenie, iż spełnia warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (s. 246 i 247 oferty przystępującego). Ustalono także, że przystępujący złożył wypełniony dokument 3, w którym wykazał dysponowanie bazą magazynowo-transportową usytuowaną przy Alei Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim. Jako podstawę dysponowania podano umowę dzierżawy.

Ustalono także, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego (rozstrzygnięcie postępowania z 2 października 2015 r.).

Z umowy dzierżawy z dnia 1 sierpnia 2014 r. zawartej między zamawiającym a Zakładem Oczyszczania Miasta sp. z o.o. w Lwówku Śląskim wynika, że:

- a) §3 - przedmiotem dzierżawy jest m.in. nieruchomości oznaczona w ewidencji gruntów o numerze 532/2 położona w obrębie 1 m Lwówek Śląski przy ul. Wojska Polskiego 27,
- b) §6 - „Dzierżawca oświadcza, że przedmiotu umowy przeznacza na cele związane z prowadzeniem działalności statutowej spółki, a w szczególności na: (...), a także odbiór i zagospodarowanie odpadów na terenie Gminy i Miasta Lwówek Śląski”,
- c) § 17 - „Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony do dnia 30 czerwca 2017 r.”.

Z treści księgi wieczystej nr JG1S/00024698 wynika, że w przypadku działki ewidencyjnej 532/2 przy ul. Wojska Polskiego jak sposób korzystania wskazano: *B- tereny mieszkaniowe* (wydruk informacji złożony przez odwołującego).

Umowa dzierżawy została zawarta po uprzednim wyrażeniu zgody przez Radę Miejską w Lwówku Śląskim, co nastąpiło uchwałą nr XLVI/480/14 z 24 kwietnia 2014 r. Uchwała została wydana na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 37 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami (uchwała złożona przez odwołującego w trakcie posiedzenia).

W treści wniosku Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z 9 sierpnia 2013 r. o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów wynika, że punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) miał zostać zlokalizowany „na terenie siedziby Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim przy Alei Wojska Polskiego 27, na części działki nr 532/2 obręb I Lwówek Śląski, dla której obowiązuje miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego ...” (wniosek, złożony na posiedzeniu przez odwołującego).

Ze znajdującej się w ofercie przystępującego decyzji starosty lwóweckiego z 2 września 2013 r. nr GŚ.6233.6.2013.15 o wydaniu zezwolenia na zbieranie odpadów, z pkt I.3 wynika, że *miejszem zbierania odpadów będzie teren Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o., Aleja Wojska Polskiego 27, 59-600 Lwówek Śląski, działka ewidencyjna nr 532/2.* Z akapitu drugiego uzasadnienia tej decyzji wynika, że *do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów dołączono m.in. umowę dzierżawy nieruchomości (na której prowadzone będzie zbieranie odpadów) z dnia 23 kwietnia 2013 r. zawartą z Gminą i Miastem Lwówek Śląski a także decyzję Burmistrza Gminy i Miasta Lwówek Śląski znak: GPNŚ.6220.3.08.2013 z dnia 10 lipca 2013 r. stwierdzającą brak potrzeby przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia pn: „Punkt selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych dla Gminy Lwówek Śląski zwany PSZOK” wraz z charakterystyką przedsięwzięcia.*

Jak wynika z pisma Starostwa Powiatowego w Lwówku Śląskim z 16.10.2015 r., Starostwo Lwóweckie nie wydawało na rzecz Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. pozwolenia wodno-prawnego (pismo złożone na posiedzeniu przez odwołującego).

Ze złożonej przez przystępującego umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków nr 0099/2014/I zawartej w dniu 5 sierpnia 2014 r. między Zakładem Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w Bolesławcu sp. z o.o. dotyczącej nieruchomości przy Al. Wojska Polskiego 27, wynika m.in., że:

- a) przedmiotem umowy są warunki dostawy wody z urządzeń zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków komunalnych (z wyłączeniem ścieków opadowych, roztopowych i drenażowych) do urządzeń kanalizacyjnych eksploatowanych przez PWiK (...) - §1,
- b) odbiór ścieków komunalnych (bytowych lub i przemysłowych) od nieruchomości odbiorcy nastąpi zgodnie z warunkami technicznymi przyłączenia (...) - § 4 ust. 2,
- c) do obowiązków PWiK należy m.in. *zapewnienie zdolności posiadanych urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych do ciągłej realizacji dostaw wody (...) oraz odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny,*

d) odbiorca zobowiązuje się m.in. w zakresie odprowadzania ścieków zapewnić realizację obowiązków określonych w ustawie oraz przepisach wykonawczych do ustawy dotyczących: (...) wymagań co do och jakości, a w szczególności nie odprowadzania do urządzeń PWiK:

- odpadów stałych, które mogą spowodować zmniejszenie przepustowości,
- odpadów płynnych nie mieszających się z wodą (...),
- substancji palnych i wybuchowych (...)
- substancji żrących i toksycznych,
- odpadów i ścieków z hodowli zwierząt (...)
- innych substancji, które wskutek swego składu chemicznego lub temperatury mogłyby uszkodzić urządzenia kanalizacyjne PWiK, powodować zagrożenie pożarowe lub wybuchowe, oddziaływać szkodliwie na środowisko i zdrowie osób obsługujących lub powodować zagrożenie środowiska naturalnego.

Jak wynika z pisma Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Bolesławcu sp. z o.o. z 5 sierpnia 2014 r., złożonego przez przystępującego na posiedzeniu, przedsiębiorstwo to wyraża zgodę na odprowadzanie ścieków opadowych, roztopowych oraz drenażowych z terenu działki nr 532/2 zlokalizowanej przy Alei Wojska Polskiego w Lwówku Śląskim, do istniejącej sieci kanalizacji ogólnospławnej eksploatowanej przez jego przedsiębiorstwo. W piśmie tym oświadcza także, że ww. pismo stanowi część umowy nr 0099/2014/I z 5 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali warunków udziału w postępowaniu. W świetle zaś art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby*

unieważnienie postępowania. Wreszcie, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Nie było sporne pomiędzy stronami, że w świetle postanowienia pkt 8.1.2. lit b. SIWZ wykonawcy obowiązani byli wykazać warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym musieli dysponować m.in. *bazą magazynowo – transportową usytuowaną i wyposażoną zgodnie z wymaganiami opisanymi w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013r. poz. 122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*. Przystępujący w dokumencie nr 1 złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenie, iż spełnia warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (s. 246 i 247 oferty przystępującego). Z kolei w dokumencie 3, sprecyzował, że dysponuje bazą magazynowo-transportową usytuowaną na nieruchomości przy Alei Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim na podstawie umowy dzierżawy.

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że przystępujący – wbrew złożonemu oświadczeniu - nie dysponuje tytułem prawnym do ww. nieruchomości. Argumentował, że stosownie do § 2 ust. 1 pkt 2 przywołanego rozporządzenia z 11 stycznia 2013 r. *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną na terenie, do którego posiada tytuł prawny*. Podniósł, że umowa dzierżawy, jaką dysponuje przystępujący, nie jest tytułem prawnym dla bazy magazynowo-transportowej. Argumentował, że zgodnie z treścią tej umowy przystępujący mógł zlokalizować na wskazanej działce tylko punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK), ale nie był uprawniony do zlokalizowania na niej bazy.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Zamawiający złożył w trakcie posiedzenia umowę dzierżawy nieruchomości przy al. Wojska Polskiego 27, jaką 1 sierpnia 2014 r. zawarł z Zakładem Oczyszczania w Lwówku Śląskim sp. z o.o. Analiza treści umowy prowadziła do wniosku, że strony nie ograniczyły celów, na jakie wydzierżawiono działkę, wyłącznie do prowadzenia PSZOK. Z § 6 umowy wynikało, że *„dzierżawca oświadcza, że przedmiot umowy przeznacza się na cele związane z prowadzeniem działalności statutowej spółki, a w szczególności na: bieżące utrzymanie czystości i porządku oraz letnie i zimowe utrzymanie dróg, a także odbiór i zagospodarowanie odpadów na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski”*. Zdaniem Izby, katalog celów, na jakie można było wykorzystywać przedmiot dzierżawy, pozostał otwarty. Świadczyło o tym użyte przez strony sformułowanie „w szczególności”. Ponadto umowa dzierżawy miała za przedmiot całą nieruchomość, nie odnosiła się jedynie do określonej funkcji. Z §3 umowy wynikało wszak jednoznacznie, iż przedmiotem dzierżawy jest m.in.

nieruchomość oznaczona w ewidencji gruntów o numerze 532/2 położona w obrębie 1 Lwówek Śląski przy ul. Wojska Polskiego 27. Wzięto również pod uwagę, że umowa obowiązywała w dacie upływu terminu składania ofert. Została zawarta 1 sierpnia 2014 r. i obowiązywała do dnia 30 czerwca 2017 r.

Wbrew stanowisku odwołującego nie przesądzał o braku tytułu prawnego do nieruchomości fakt, że umowa dzierżawy została zawarta w drodze bezprzetargowej w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami. To, że umowa dzierżawy została zawarta w drodze bezprzetargowej wynikało z uchwały Rady Miejskiej w Lwówku Śląskim z 24 kwietnia 2014 r. nr XLVI/480/14. Złożona przez odwołującego uchwała została bowiem wydana na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 37 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, z treści powołanej uchwały nie wynikało, aby wydzierżawienie nieruchomości miało nastąpić wyłącznie na cele związane z prowadzeniem PSZOK, bądź szerzej – wyłącznie na cele publiczne w rozumieniu art. 6 tej ustawy. Z treści art. 37 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami wynika jedynie, że *zawarcie umów użytkowania, najmu lub dzierżawy na czas oznaczony dłuższy niż 3 lata lub na czas nieoznaczony następuje w drodze przetargu. Wojewoda albo odpowiednia rada lub sejmik mogą wyrazić zgodę na odstąpienie od obowiązku przetargowego trybu zawarcia tych umów.* Wbrew stanowisku odwołującego z powołanego przepisu nie wynika, aby odstąpienie od trybu przetargowego zawarcia umowy dzierżawy na okres ponad 3 lat musiało być uzależnione od przeznaczenia dzierżawionej nieruchomości na cele publiczne w rozumieniu art. 6 tej ustawy. Nawet jednak gdyby przyjąć takie założenie, to odwołujący nie wykazał, aby uchwała Rady Miejskiej w Lwówku Śląskim, stanowiąca akt prawa miejscowego, została wyeliminowana z obrotu prawnego w trybie przepisów o samorządzie gminnym.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że powierzchnia nieruchomości dzierżawionej przez lidera konsorcjum przystępującego przy ul. Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim nie jest wystarczająca aby zlokalizować na niej bazę transportowo magazynową. Argumentował, że zgodnie z wymaganiem części III SIWZ zawartym w § 1 ust. 7.3, teren przeznaczony na punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) powinien mieć powierzchnię min. 0,3 ha. Uważał, że skoro działka na której jest usytuowana baza wskazana w ofercie ma 0,3997 ha powierzchni, to na bazę spełniającą wszystkie wymogi rozporządzenia pozostaje 0,0997 ha.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego co do niewystarczającej powierzchni działki okazało się bezpodstawne. Izba wzięła pod uwagę, że o ile rzeczywiście zamawiający określił w SIWZ minimalną powierzchnię dla PSZOK, to jednak analogicznego wymagania nie sformułował w odniesieniu do bazy magazynowo-transportowej. Ponadto zamawiający w

żadnym postanowieniu SIWZ nie zabronił połączenia w jednym kompleksie PSZOK i bazy. Takie też rozwiązanie założył przystępujący w ofercie. Potwierdzeniem tego była umowa dzierżawy nieruchomości z 1 sierpnia 2014 r., jaką zamawiający złożył na posiedzeniu. Z § 3 tej umowy wynikało, że na dzierżawionej nieruchomości znajdują się również m.in. wiaty samochodowe, garaże, plac manewrowy, miejsca parkingowe itp., a zatem elementy wyposażenia bazy wymienione w § 2 przywoływanego wcześniej rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. *w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*

Zdaniem Izby, wbrew stanowisku odwołującego, również z decyzji starosty lwóweckiego z 2 września 2013 r. nr GŚ.6233.6.2013.15 o wydaniu zezwolenia na zbieranie odpadów nie wynikało aby na terenie nieruchomości dzierżawionej przez przystępującego mógł być zlokalizowany jedynie PSZOK. Odwołujący w trakcie rozprawy powołał się na postanowienia I.3 decyzji, a także fragment drugiego akapitu uzasadnienia ww. decyzji. Izba stwierdziła, że z pkt I.3 wynikało jedynie, iż miejscem zbierania odpadów będzie teren Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o., przy Alei Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim, działka ewidencyjna nr 532/2. Z powyższego fragmentu nie wynikało zatem żadną miarą, aby na działce tej nie mogła być również zlokalizowana baza magazynowo-transportowa. Z kolei z akapitu drugiego uzasadnienia decyzji można było wywnioskować jedynie, że do wniosku o wydanie zezwolenia na zbierania odpadów wnioskodawca dołączył m.in. *umowę dzierżawy nieruchomości (na której prowadzone będzie zbieranie odpadów) z dnia 23 kwietnia 2013 r. zawartą z Gminą i Miastem Lwówek Śląski a także decyzję Burmistrza Gminy i Miasta Lwówek Śląski znak: GPNŚ.6220.3.08.2013 z dnia 10 lipca 2013 r. stwierdzającą brak potrzeby przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia pn: „Punkt selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych dla Gminy Lwówek Śląski zwany PSZOK” wraz z charakterystyką przedsięwzięcia*. Zdaniem Izby, z cytowanego fragmentu uzasadnienia również nie sposób wywodzić, jakoby na nieruchomości nie mogła być zorganizowana także baza magazynowo-transportowa.

Wzięto również pod uwagę, że zgodnie z wnioskiem Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z 9 sierpnia 2013 r. o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów (złożony na posiedzeniu przez odwołującego), punkt PSZOK miał zostać zlokalizowany *na terenie siedziby Zakładu Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim przy Alei Wojska Polskiego 27, na części działki nr 532/2 obręb I Lwówek Śląski, dla której obowiązuje miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego ...*”. Z powyższego można było wywnioskować, że nie cała działka 532/2 musiała być wykorzystywana na prowadzenie PSZOK.

Izba stwierdziła, że nie sposób było ustalić faktu niemożności prowadzenia bazy magazynowo-transportowej na nieruchomości przy ul. Wojska Polskiego na podstawie

wydruków z systemu informacji przestrzennej gminy Lwówek Śląski. Ustaleń takich nie można było także poczynić na podstawie kserokopii fotografii przedstawionych Izbie, z których dodatkowo nie wynikała data wykonania tych zdjęć.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie dysponuje odpowiednim zezwoleniem wodno-prawnym, o którym mowa w §2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut należy uznać za chybiony. Wbrew stanowisku odwołującego wskazującemu na obowiązek posiadania pozwolenia wodno-prawnego, który to obowiązek odwołujący wywiódł z przepisu § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia, wskazany przepis nie kreuje obowiązku prawnego, dotyczącego uregulowania w taki lub inny sposób stanu gospodarki wodnej. Odwołujący zdawał się nie dostrzegać, że powołany przez niego przepis dwukrotnie wskazuje na aspekt przedmiotowy związany z wyposażeniem obiektu mającego pełnić rolę bazy magazynowo-transportowej w określone elementy infrastruktury i funkcjonalności związane z takim właśnie przeznaczeniem obiektu. I tak, powyższe ponad wszelką wątpliwość wynika już z nagłówka § 2 ust. 2 wspomnianego rozporządzenia, które mówi wprost „*w zakresie wyposażenia bazy magazynowo-transportowej należy zapewnić, aby...*”. Podobnie sam pkt 4 tego przepisu mówi jedynie *o wyposażeniu bazy magazynowo – transportowej w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z tereny bazy zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach prawa wodnego*. Oba te przepisy odnoszą się wyraźnie do określonego wyposażenia, a nie takiego lub innego uregulowania stanu formalnego dotyczącego obiektu.

W tej sytuacji okoliczność, że lider konsorcjum przystępującego nie dysponuje pozwoleniem wodno-prawnym odnoszącym się do nieruchomości przy al. Wojska Polskiego 27 w Lwówku Śląskim, co wynikało z odpowiedzi starostwa powiatowego w Lwówku Śląskim z 16 października 2015 r., nie miało znaczenia z punktu widzenia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z treścią warunku wystarczające było dysponowanie określoną bazą spełniającą wymogi rozporządzenia, a te – jak wynikało z treści powołanego § 2 ust. 2 pkt 4 – odnosiły się wyłącznie do aspektu przedmiotowego wyposażenia bazy. Odwołujący nie zarzucił natomiast w odwołaniu aby w bazie brakowało jakichś systemów czy urządzeń, które by zapewniały zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z jej terenu. Wreszcie, jak wynikało z umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzania ścieków nr 0099/2014/I zawartej w dniu 5 sierpnia 2014 r. między Zakładem Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w Bolesławcu sp. z o.o., przystępujący

zapewnił sobie odprowadzanie ścieków komunalnych (z wyłączeniem ścieków opadowych, roztopowych i drenażowych) do urządzeń kanalizacyjnych eksploatowanych przez PWiK (...). Natomiast ze stanowiącego część tej umowy oświadczenia Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Bolesławcu sp. z o.o. z 5 sierpnia 2014 r., wynikało, że przystępujący zapewnił sobie również zgodę tego przedsiębiorstwa na odprowadzanie ścieków opadowych, roztopowych oraz drenażowych z terenu działki nr 532/2 zlokalizowanej przy Alei Wojska Polskiego w Lwówku Śląskim, do istniejącej sieci kanalizacji ogólnospławnej eksploatowanej przez to przedsiębiorstwo.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przystępujący – składając wymagane przez zamawiającego oświadczenia – nie dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji i tym samym wykazał spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu.

2. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego, który przy sporządzeniu oferty posługiwał się osobami uczestniczącymi bezpośrednio w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący. Liderem konsorcjum przystępującego był Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. z siedzibą w Lwówku Śląskim (protokół postępowania). Jako członka rady nadzorczej lidera konsorcjum przystępującego ujawniono m.in. panią I. Ł. – T. (informacja z KRS, s. 258 w ofercie przystępującego).

W pkt 3 B. protokołu postępowania wymieniono następujące osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania:

- a) osoby przygotowujące opis przedmiotu zamówienia: W. R., B. G.,
- b) osoby ustalające wartość zamówienia: B. G., W. R.,
- c) osoby przygotowujące opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu: A. K., B. G., W. R.,
- d) osoby określające kryteria oceny ofert: B. G., W. R.,
- e) inne osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania: nie wymieniono.

Ustalono również, że zamawiającego od końca lipca 2013 r. łączyła z radcą prawnym I. Ł. – T. umowa o obsługę prawną Gminy i Miasta Lwówek Śląski. Umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 153349 -2013 zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 lipca 2013 r. wynikało, że zakres obsługi prawnej obejmował m.in. obsługę wydziałów: Inwestycji i Zamówień Publicznych. Jak wynikało z ogłoszenia w ramach obsługi każdego z wydziałów *radca prawny miał obowiązek w szczególności: - udzielać*

organom i pracownikom Zamawiającego opinii i porad prawnych oraz wyjaśnień w zakresie stosowania prawa obejmujących zagadnienia służbowe, - w razie potrzeby dokonywać sprawdzenia pod względem formalno-prawnym, decyzji, postanowień i orzeczeń wydawanych w ramach kompetencji Zamawiającego, - uczestniczyć w prowadzonych przez Zamawiającego rokowaniach , których celem jest nawiązanie, zmiana lub rozwiązanie stosunku prawnego, - zastępować Zamawiającego przed Sądami , Wojewódzkimi i Naczelnym Sądem Administracyjnym , Sądem Najwyższym , Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie oraz innymi organami rozstrzygającymi spory w aktualnie prowadzonych sprawach i sporach zaistniałych w czasie obowiązywania niniejszej umowy, - występować w imieniu Zamawiającego z pismami upominawczymi wobec jego dłużników, - dokonywać kontroli formalno-prawnej umów, pism zleceń oraz innych dokumentów wymagających konsultacji prawnej, - podejmować czynności niezbędne dla prawidłowego wdrożenia i prowadzenia spraw sądowych związanych z windykacją należności Zamawiającego, - prowadzić i nadzorować postępowania egzekucyjne, - w pełni obsługiwać postępowania o zamówienie publiczne w tym w szczególności: a) doradztwo w zakresie wyboru trybu postępowania, b) kontrola formalno- prawna siwz, c) konsultacje w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pod względem zgodności z prawem zamówień publicznych, d) kontrola korespondencji prowadzonej w wykonawcami w toku postępowania o zamówienie publiczne, e) opiniowanie i uzgadnianie decyzji o wykluczeniu wykonawcy , odrzuceniu oferty, unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne, f) doradztwo w zakresie gospodarowania kwotami zabezpieczenia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umów, g) kontrola i reprezentacja wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego w zakresie opisanym wyżej, - Sporządzanie opinii prawnych i przedłożenie Zamawiającemu w formie elektronicznej w plikach edytowalnych-WORD z późniejszym dostarczeniem na piśmie.

Ustalono także, na podstawie złożonego przez odwołującego zapytania ofertowego nr IN.271.29.OP, że od końca lipca 2015 r. zamawiającego łączyła z I. Ł. – T. umowa o stałą obsługę prawną Gminy i Miasta Lwówek Śląski. Umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynikało z opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu radca prawny w trakcie wykonywania umowy będzie miał obowiązek:

- 1. udzielać organom i pracownikom Zamawiającego opinii i porad prawnych oraz wyjaśnień w zakresie stosowania prawa obejmujących zagadnienia służbowe;*
- 2. dokonywać sprawdzenia pod względem formalno-prawnym, decyzji, postanowień i orzeczeń wydawanych w ramach kompetencji Zamawiającego;*
- 3. uczestniczyć w prowadzonych przez Zamawiającego rokowaniach, których celem jest nawiązanie, zmiana lub rozwiązanie stosunku prawnego;*

4. zastępować Zamawiającego przed Sądami, Wojewódzkimi i Naczelny Sąd Administracyjny, Sądem Najwyższym oraz innymi organami rozstrzygającymi spory w aktualnie prowadzonych sprawach i sporach zaistniałych w czasie obowiązywania niniejszej umowy,
5. występować w imieniu Zamawiającego z pismami upominawczymi wobec jego dłużników;
6. dokonywać kontroli formalno-prawnej umów, pism zleceń oraz innych dokumentów wymagających konsultacji prawnej;
7. informować o zmianach w przepisach prawnych dotyczących działalności zamawiającego,
8. podejmować czynności niezbędne dla prawidłowego wdrożenia i prowadzenia spraw sądowych związanych z windykacją należności Zamawiającego;
9. sporządzać opinie prawne i przedkładać Zamawiającemu w formie elektronicznej w plikach edytowalnych + WORD z późniejszym dostarczeniem na piśmie. Opinie prawne sporządzane będą w terminie od dnia otrzymania zapytania niezależnie od formy przekazania, odpowiednio:
 - a) 2 dni robocze- w sprawach nieskomplikowanych,
 - b) 4 dni robocze- w sprawach szczególnie skomplikowanych lub zawiłych,
 - c) niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie 24 godzin od chwili przekazania sprawy – w sprawach wymagających natychmiastowej pomocy prawnej.
10. prowadzić i nadzorować postępowania egzekucyjne;
11. w pełni obsługiwać postępowania o zamówienie publiczne, niezależnie od wartości zamówienia, w tym w szczególności :
 - a) doradztwo w zakresie wyboru trybu postępowania,
 - b) kontrola formalno- prawna siwz,
 - c) konsultacje w zakresie opisu przedmiotu zamówienia pod względem zgodności z prawem zamówień publicznych;
 - d) kontrola korespondencji prowadzonej w wykonawcami w toku postępowania o zamówienie publiczne;
 - e) opiniowanie i uzgadnianie decyzji o wykluczeniu wykonawcy , odrzuceniu oferty, unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne;
 - f) doradztwo w zakresie gospodarowania kwotami zabezpieczenia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umów;
 - g) kontrola i reprezentacja wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego w zakresie opisanym wyżej;

12. *informowanie Naczelników Wydziałów o zmianach w przepisach prawnych dotyczących działalności organów Gminy i obsługiwanych wydziałów nie później niż 7 dni przed wejściem w życie aktu prawnego.*
13. *szkolenia pracowników w Wydziałach, w przypadku wprowadzenia zmian w przepisach prawnych dotyczących tych Wydziałów*
14. *informowanie Naczelników Wydziałów o zmianach w przepisach prawnych dotyczących zamówień publicznych*
15. *szkolenia przynajmniej raz w roku pracowników Urzędu i jednostek organizacyjnych Gminy w zakresie wydatkowania środków publicznych w oparciu o ustawę o finansach publicznych;*
16. *przygotowywanie pism, które prawdopodobnie staną się pismami procesowymi lub będą wykorzystywane w poszczególnych instancjach odwoławczych.*
17. *konsultacje telefoniczne i drogą elektroniczną od poniedziałku do piątku w godz. pracy Urzędu.*
18. *przygotowanie, konsultacja, opiniowanie i wdrożenie Regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz regulaminu wydatkowania środków budżetowych Gminy i Miasta Lwówek Śląski.*

Ustalono także, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego (rozstrzygnięcie postępowania z 2 października 2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy *wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, (...) lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.*

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że lider konsorcjum przystępującego - Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. - przy sporządzaniu oferty w analizowanym postępowaniu posługiwał się osobą uczestniczącą w dokonywaniu bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem tego postępowania po stronie zamawiającego, a za osobę spełniającą ww. przesłanki należy uznać radcę prawnego I. Ł. – T. .

Z tak sformułowanego zarzutu należało wnioskować, że odwołujący upatrywał konieczności wykluczenia przystępującego z postępowania w drugiej z podstaw wykluczenia

wynikających z powołanego przepisu. Dla zaistnienia tej podstawy wykluczenia konieczne jest wykazanie, że określona osoba wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania oraz że tą samą osobą posłużono się w celu sporządzenia oferty. Za czynności związane z przygotowaniem postępowania w rozumieniu tego przepisu należy uznać aktywność występującą przed datą upływu terminu składania ofert, która wywarła wpływ na treść ogłoszenia czy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, czy warunków umowy). O tym, co kryje się pod pojęciem „przygotowanie postępowania” można wnioskować w oparciu o treść rozdziału II ustawy Pzp, zatytułowanego „przygotowanie postępowania”. Po drugie, aktywność ta musiała mieć charakter bezpośredni. W dalszej zaś kolejności należy wykazać, że tą samą osobą posłużono się przy sporządzeniu oferty, a zatem iż brała ona udział w kształtowaniu oświadczenia woli, jakim jest oferta. Po czwarte należy wykazać, że wykonawca, który posłużył się taką osobą pozostał uprzywilejowany, a zamawiający nie zrównoważył jego pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację SIWZ.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy wyraźnie zaprzeczył, aby radca prawny I. Ł.-T. wykonywała jakiegokolwiek czynności z zakresu przygotowania postępowania w przedmiotowym postępowaniu. Izba stwierdziła ponadto, że w protokole postępowania ujawniono listę osób, które po stronie zamawiającego wykonywały czynności z tego zakresu. Na liście tej nie figurowała radca prawny I. Ł.-T. . W tej sytuacji to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił, aby radca prawny I. Ł.-T. wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania. Odwołujący zdołał jedynie wykazać, że zamawiającego z ww. osobą łączyły od 2013 r. umowy dotyczące obsługi prawnej, w tym z zakresu obsługi zamówień publicznych. Zgodnie z tymi umowami obsługa prawna dotyczyła m.in. sporządzenia opinii i porad prawnych, w tym również z zakresu zamówień publicznych. Powyższe wynikało z treści ogłoszeń o zamówieniach w tych postępowaniach, jak również z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z powyższego faktu nie można było jednak wyprowadzić wniosku, że radca prawny wykonywała bezpośrednio jakiegokolwiek czynności z zakresu przygotowania przedmiotowego postępowania. Jak słusznie podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z istoty usługi obsługi prawnej wynika, że czynności z tego zakresu wykonywane są na wniosek pracowników zamawiającego.

Według Izby odwołujący nie wykazał także, aby przystępujący posłużył się ww. osobą w celu sporządzenia oferty. Zamawiający oraz przystępujący w trakcie rozprawy zaprzeczyli jakoby mecenas miała uczestniczyć w sporządzaniu oferty przystępującego i w jakikolwiek sposób wywrzeć wpływ na jej treść. W tej sytuacji to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia spornej okoliczności faktycznej. Stwierdzono, że odwołujący zdołał jedynie wykazać, że I. Ł.-T. zasiada w radzie nadzorczej lidera konsorcjum przystępującego. Nie było również sporne pomiędzy stronami, że w świetle umowy spółki lidera konsorcjum przystępującego rada nadzorcza ma kompetencje do wyrażania zgody na zawieranie niektórych umów przez spółkę. Z powyższego nie można było jednak wyprowadzić wniosku, aby członek rady nadzorczej musiał uczestniczyć w sporządzeniu oferty przetargowej w tym konkretnym postępowaniu. Postanowienie umowy spółki odnośnie wyrażania zgody na zawarcie umów dotyczyło etapu następującego dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, a nie znacznie wcześniejszego etapu jej sporządzenia.

Niezasadnym było powołanie się przez odwołującego na wyrok Sądu Najwyższego z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt II CSK 580/13, który – jak stwierdzono - zapadł na tle zdecydowanie odmiennego stanu faktycznego. Jak wynikało ze stanu faktycznego ustalonego w tamtej sprawie, jednym z dyrektorów zarządzających wykonawcy, który ubiegał się o zamówienie była osoba, która wcześniej sporządziła dokumentację projektową będącą podstawą opracowania specyfikacji istotnych warunków. Była to zatem sytuacja, w której jedna i ta sama osoba wywierała wpływ zarówno na treść SIWZ jak i na treść oferty.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do złożenia umów o świadczenie obsługi prawnej zawartych przez zamawiającego z kancelarią radcy prawnego I. Ł.-T. . Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał konkretnych okoliczności faktycznych, jakie miały być wykazane tymi dowodami. Wzięto również pod uwagę, że jeżeli odwołujący powoływanymi dowodami zamierzał wykazać zakres przedmiotowy tych umów, to fakty te zostały już udowodnione innymi dowodami, a mianowicie złożonymi przez odwołującego ogłoszeniami o zamówieniach oraz zapytaniami ofertowymi.

Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin skanu fotografii dokumentu umowy spółki lidera konsorcjum przystępującego, gdyż nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, co wynika z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp.

3. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Ustalono, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.006.172,80 zł netto, co po powiększeniu o wartość podatku VAT daje kwotę 1.086.666,62 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy, oferujący następujące ceny:

- 1) przystępujący: 791.992,08 zł brutto,
- 2) odwołujący: 880.886,00 zł brutto,
- 3) wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” sp. z o.o. w Jaworze: 996.482,00 zł brutto. Powyższe ustalono na podstawie protokołu postępowania.

Ustalono również, iż przystępujący załączył do swej oferty na s. 6 tabelę elementów scalonych, w której wskazał, że na cenę ofertową składają się:

- a) odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o wartości 740.869,20 zł brutto,
- b) odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych za cenę 36.720,00 zł brutto,
- c) prowadzenie PSZOK – za cenę 14.402,88 zł brutto (za 8 miesięcy realizacji usługi), to jest 1.800,36 zł miesięcznie.

Ustalono także, że Zakład Oczyszczania Miasta w Lwówku Śląskim sp. z o.o. w swojej ofercie złożonej w maju 2015 r. w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy i Miasta Lwówek Śląski zaoferował cenę za prowadzenie PSZOK na poziomie 7.452,00 zł brutto miesięcznie. Z kolei w swojej ofercie złożonej zamawiającemu na analogiczny przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy i Miasta Lwówek Śląski prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki ten sam wykonawca zaoferował kwotę za prowadzenie PSZOK na poziomie 5.400,00 zł brutto miesięcznie (okoliczność niesporna, przyznana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie).

Ustalono także, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (okoliczność niesporna). Ustalono również, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego (rozstrzygnięcie postępowania z 2 października 2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie są zasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”.

Jak wynika z przytoczonego orzeczenia jak i przepisów ustawy Pzp, niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Za chybiony uznano zgłoszony przez odwołującego jako ewentualny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W pierwszej kolejności należało stwierdzić, że - wbrew stanowisku odwołującego - ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie spoczywał na przystępującym, lecz na odwołującym. Odwołujący błędnie wskazał na art. 190 ust. 1a ustawy Pzp jako przepis rzekomo nakładający ciężar dowodu na przystępującego. Stosownie do powołanego przepisu, *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:*

- 1) *wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;*
- 2) *zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

Jak wynika z literalnej wykładni tego przepisu, znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy spór pomiędzy stronami dotyczy tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wskazano powyżej, żądanie takie można skutecznie sformułować dopiero po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez wykonawcę. W przypadku postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej, obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, wynikający z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostował ciężarowi wykazania ustawowych przesłanek, które obligują zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena „wydaje się” rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości”. W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przypadku oferty przystępującego różnica pomiędzy ceną ofertową a wartością zamówienia nie przewyższała ustawowego wskaźnika 30% obligującego zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Cena tej oferty brutto wyniosła 791.992,08 zł. Z kolei wartość zamówienia została przez zamawiającego oszacowana na kwotę 1.006.172,80 zł netto, co po powiększeniu o podatek VAT dawało sumę 1.086.666,62 zł brutto. Porównanie tych wartości prowadziło do wniosku, że cena oferty przystępującego brutto stanowiła 72,88% wartości zamówienia powiększonej o VAT. Ustalono także, że różnica między ceną oferty przystępującego a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert nie przewyższała poziomu 30%. Stosunek ceny ofertowej brutto 791.992,08 zł do średniej arytmetycznej cen ofert (889.786,60 zł) wyniósł bowiem 89,01%.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący nie wykazał, aby cena ofertowa przystępującego miała wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zakwestionował w odwołaniu prawidłowość kalkulacji zaledwie jednego z trzech elementów cenotwórczych, to jest ceny za uruchomienie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK). Odwołujący wywiódł bowiem, że źródła wątpliwości należy upatrywać w tym, iż przystępujący w skali tego samego roku obniżył cenę za prowadzenie PSZOK 4-krotnie. Izba stwierdziła, że rzeczywiście przystępujący obniżył cenę za prowadzenie PSZOK z 7.452 zł za miesiąc (według oferty z maja 2015 r.), poprzez stawkę 5.400,00 zł / miesiąc (według oferty złożonej w postępowaniu w trybie z wolnej ręki), do poziomu 1.800,36 zł miesięcznie w analizowanym postępowaniu. Jednakże przedstawiona argumentacja oparta była na założeniu, iż poprzednie kalkulacje przystępującego nie były zawyżone. Powyższe założenie nie zostało jednak w żaden sposób wykazane. Można było zatem równie dobrze utrzymywać, że obniżenie stawki w ostatniej ofercie miało na celu doprowadzenie jej wysokości do poziomu rynkowego. Izba stwierdziła ponadto, że ewentualne nieścisłości w kalkulacji ceny za prowadzenie PSZOK, na co zdawało się wskazywać wyliczenie przedstawione przez przystępującego – w okolicznościach danej sprawy – nie prowadziły do konieczności powzięcia wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia całej ceny ofertowej. Podkreślić należało, że kwestionowany element okazał się najmniej istotnym z punktu widzenia kalkulacji całej ceny ofertowej przystępującego. Jak wynikało z tabeli elementów scalonych, znajdującej się na s. 6 oferty przystępującego, na cenę ofertową 791.992,08 zł brutto składały się:

- a) cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych - 740.869,20 zł brutto,
- b) cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych w kwocie 36.720 zł brutto,
- c) cena za prowadzenie PSZOK w okresie 8 miesięcy w kwocie 14.402,88 zł brutto.

Skoro odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu kalkulacji ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i zielonych, zatem należało założyć, że ceny za te usługi skalkulowano prawidłowo, w sposób rynkowy. W tej sytuacji, wobec niekwestionowania pozostałych, o wiele bardziej znaczących elementów cenotwórczych, nawet pewne niedoskonałości w kalkulacji ceny za prowadzenie PSZOK nie mogły przesądzać o konieczności powzięcia wątpliwości co do kalkulacji całej ceny ofertowej. Zarzut należało zatem uznać za chybiony.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia ofert złożonych przez Zakład Oczyszczania Miasta sp. z o.o. w Lwówku Śląskim w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał

okoliczności faktycznych, jakie miały być wykazane tymi dowodami. Wzięto również pod uwagę, że jeżeli odwołujący powoływanymi dowodami zamierzał wykazać jakie stawki za prowadzenie PSZOK przystępujący oferował zamawiającemu w poprzednich postępowaniach, to fakty te nie wymagały dowodu. Wzięto pod uwagę, że stawki te zostały ujawnione i przyznane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a zatem nie były sporne między stronami.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia publicznego następuje z momentem zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał Izbie, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie mógł naruszyć powoływanego przez odwołującego przepisu.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego i nie dopuścił się naruszeń ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.).” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, koszty noclegu w wysokości 200 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 911,96 zł na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie: