

**WYROK**

**z dnia 13 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., Os. Rzeką 133, 34-451 Tylmanowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wieprz, Wieprz 217, 34-122 Wieprz**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., Os. Rzeką 133, 34-451 Tylmanowa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., Os. Rzeką 133, 34-451 Tylmanowa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., Os. Rzeką 133, 34-451 Tylmanowa** na rzecz **Gminy Wieprz, Wieprz 217, 34-122 Wieprz** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Wieprz na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wieprz w roku 2015”. Wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z Tylmanowej [Odwołujący] wniósł odwołanie wobec niezgodnej jego zdaniem z przepisami ustawy czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu oferty wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu: (1) art. 60 kodeksu cywilnego oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu ze względu na brak oryginalnego podpisu M. M. pod załącznikiem nr 6 z dnia 6 października 2014 r. pomimo tego, że M. M. jest także Prezesem Zarządu Odwołującego, co jest równoznaczne z potwierdzeniem oddania przez Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. niezbędnych zasobów do dyspozycji Odwołującego i tym samym niezgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 5 odrzucenie oferty wykonawcy; (2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na brak wezwania Odwołującego do przedstawienia Załącznika nr 6 z dnia 6 października 2014 r. zgodnego z zasadami reprezentacji Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. o.o.; (3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku błędnego uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; oraz (4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku błędnego uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę pomimo udzielenia przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie określonym w wezwaniu Zamawiającego, a także błędnego uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę pomimo nieprawidłowego sformułowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i ponowne przeprowadzenie oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej Odwołującego, a także zasądzenie na rzecz wykonawcy kosztów postępowania. Wykonawca stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oferty była cena brutto. W postępowaniu złożono cztery oferty. Najniższa cena została wskazana w ofercie Odwołującego i ta oferta nie została uznana za najkorzystniejszą

ze względu na bezzasadne jej odrzucenie oraz bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu wykonawca podał, że Zamawiający bezzasadnie uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na załącznik nr 6 z dnia 6 października 2014 r., podnosząc, że Odwołujący przedstawił oryginał dokumentu oświadczenia oraz, że dla uznania danego dokumentu za oryginał wystarczające jest jego podpisanie przez jedną osobę. Podał również, że wymienione oświadczenie zostało podpisane przez Wiceprezesa Zarządu Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. (dalej EKO) Dodatkowo dokument został w sposób dorozumiany zaakceptowany przez Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. także M. M., który równocześnie jest Prezesem Zarządu Odwołującego. Zdaniem wykonawcy, M. M. akceptował zatem możliwość korzystania przez Odwołującego z zasobów EKO. Gdyby takiej akceptacji nie było Odwołujący nie złożyłby oferty w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślił, że wskazana oferta została podpisana przez M. M. i tym samym M. M. wyraził zgodę na korzystanie z zasobów EKO. Stwierdził także, że M. M. wyraził zgodę na umieszczenie skanu jego podpisu na załączniku nr 6 z dnia 6 października 2014 r. Odwołujący wskazał też, że Zamawiający w związku z wątpliwościami, co do zgody Zarządu na udostępnienie zasobów powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia powyższej kwestii. Odwołujący nie został wezwany do wyjaśnienia powyższej kwestii, ani przedstawienia dokumentu podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji Spółki. Odwołujący był wzywany jedynie do określenia w jaki sposób, w jakim charakterze i w jakim zakresie wykonawca będzie korzystał z zasobów EKO. Zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty byłoby zasadne, jeśli Zamawiający byłby zmuszony do ponowienia wskazanej czynności. Jednakże w przedmiotowej sprawie powstała konieczność wyjaśnienia innych kwestii niż wskazanych w wezwaniu. Zamawiający nie mógłby więc ponowić wezwania w przypadku braku wyjaśnienia przez Odwołującego kwestii wskazanych w wezwaniu. Jednakże Zamawiający z powodu powzięcia wątpliwości wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia kwestii tam wskazanych, ponieważ takie wezwanie dotyczyłoby innej przyczyny niż przyczyna wskazana w pierwotnym wezwaniu. W związku z powziętymi wątpliwościami Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia kwestii zgody Zarządu EKO na udostępnienie zasobów, a także przedstawienie dokumentów potwierdzające umocowanie do reprezentacji. Jak dowody wskazał na odpis z KRS dla Odwołującego oraz odpis z KRS dla EKO i wniósł o przesłuchanie w charakterze strony M. M. na okoliczność zaakceptowania przez przedstawicieli EKO możliwości korzystania przez Odwołującego z zasobów EKO oraz przesłuchanie świadka L. R. na okoliczność zaakceptowania przez przedstawicieli EKO możliwości korzystania przez Odwołującego z zasobów EKO.

W odniesieniu do rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał też, że Zamawiający bezzasadnie uznał, iż cena wskazana przez Odwołującego w ofercie była rażąco niska. Rażąco niska cena to taka, która wskazuje na planowanie wykonania usługi poniżej kosztów jej wykonania. Cena rażąco niska musi być nieopłacalna dla wykonawcy. Wykonawca stwierdził również, że koszt wykonania usługi został określony przez Odwołującego na kwotę: 405 233,89 zł netto (437 652,60 zł brutto). Natomiast cena za wykonanie usługi została określona na kwotę: 366 269,18 zł netto. Powyższe wskazuje, że w związku z wykonaniem usługi Odwołujący uzyskałby zysk w kwocie: 38 964,71 zł netto. Cena wskazana przez Odwołującego w ofercie nie może więc zostać uznana za rażąco niską. Zdaniem wykonawcy, wyjaśnienia Odwołującego w sprawie ceny nie mogą zostać uznane za podstawę do uznania ceny za rażąco niską. Odwołujący wyjaśnił bowiem kwestie ceny w zakresie określonym w wezwaniu Zamawiającego. Wezwanie Zamawiającego nie określało bowiem w jaki sposób wyjaśnienia mają zostać złożone. W związku z powyższym Odwołujący zgodnie z wezwaniem wskazał elementy mające wpływ na wysokość ceny, takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne w zakresie przetwarzania odpadów, odzysk surowców wtórnych (stanowiących dodatkowy dochód Zamawiającego), produkcja paliw alternatywnych pozwalająca uniknąć składowania odpadów, koszt odbioru i przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych, koszt odbioru i zagospodarowania pozostałych odpadów, ilość odbieranych odpadów od mieszkańców, zakładane przychody ze sprzedaży surowców wtórnych, ujęcie ceny za odpady selektywne w sposób zachęcający do ich selektywnego gromadzenia, koszt wyposażenia nieruchomości w pojemniki przy założeniu minimum 5 letniego okresu amortyzacji, używanie frakcji po kompostowaniu do rekultywacji środowisk, wykorzystywanie w 40% odpadów do produkcji paliwa alternatywnego, które następnie sprzedawane jest do kompostowni. Jego zdaniem, Odwołujący wyjaśnił jakie elementy wpływały na wysokość ceny, co było przedmiotem zapytania Zamawiającego. Dalej podał, że (...) wyjaśnienie Odwołującego dotyczyło zarówno ceny odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, co było szczególnym przedmiotem zapytania, jak i ceny odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych. Odwołujący w swojej ofercie nie różnicował bowiem ceny ze względu na zamieszkanie terenów, z których odpady mają być odbierane. W ofercie wskazano taką samą cenę za odbiór odpadów z terenów zamieszkałych, jak i z terenów niezamieszkałych. Zróżnicowanie ceny nie było potrzebne, ponieważ Odwołujący uznał, że koszty dla terenów niezamieszkałych będą takie same jak dla terenów zamieszkałych. Dla wskazanych terenów przewidziano bowiem taką samą częstotliwość odbioru odpadów. Ponadto Odwołujący kalkulował cenę w oparciu o liczbę pojemników niezbędną do wykonania zamówienia. Odwołujący kalkulując cenę nie różnicował jednak ilości pojemników w zależności od tego, czy element ceny dotyczy

terenów zamieszkałych czy niezamieszkałych. Odwołujący może więc w ciągu jednego dnia dokonać odbioru odpadów z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych i tym samym rodzaj terenu nie wpływa na koszty wykonania zamówienia. Powyższe wynika z takiej samej częstotliwości odbioru odpadów z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych oraz liczby pojemników niezbędnych do wykonania zamówienia. W związku z powyższym przyjęto taką samą cenę dla terenów zamieszkałych jak i niezamieszkałych. Należy więc uznać, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego dotyczą wszelkich elementów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego". Wykonawca zwrócił uwagę (...) na ogólne sformułowanie wezwania przez Zamawiającego. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści innych elementów niż wskazane w wezwaniu. Zamawiający nie określił też w konkretnie w jaki sposób wyjaśnienia mają zostać sporządzone i z jakich elementów mają się składać. Powyższe powoduje, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty w związku z uznaniem, że wyjaśnienia nie zostały przez Odwołującego prawidłowo sformułowane, ze względu na brak szczegółowego określenia w wezwaniu sposobu wyjaśnienia kwestii elementów oferty wpływających na wysokość ceny. Zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, nie zadając żadnego szczegółowego pytania. Brak więc podstaw do zarzucenia wyjaśnieniom Odwołującego, że są zbyt ogólne (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2013 r., KIO 962/13). Odwołującemu nie wskazano bowiem pytań, które mogłyby stanowić podstawę wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. Jak dowody wskazała kalkulację ceny zaoferowanej przez Odwołującego, opinię biegłego na okoliczność wysokości kosztów, które mogą zostać poniesione przez Odwołującego w związku z wykonaniem zamówienia, ustalenia, czy w związku z wykonaniem zamówienia Odwołujący może ponieść stratę lub zysk. Wniósł także o przesłuchanie świadka L. R. na okoliczność sposobu kalkulacji ceny przez Odwołującego, kryteriach ustalenia ceny przez Odwołującego, brakiem konieczności zróżnicowania kosztów odbioru odpadów z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych, wysokości kosztów planowanych do poniesienia w związku z wykonaniem zamówienia oraz planowanego zysku. Jako załączniki do odwołania wymienił: (1) Potwierdzenie wniesienia opłaty; (2) odpis z KRS dla Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Empol” Sp. z o.o.; (3) Potwierdzenie przekazania zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami; (4) odpis z KRS dla Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. oraz (5) Kalkulację ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w szczególności wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, względnie o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania stwierdził, że wnoszący odwołanie wykonawca nie przesłał kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy - Pzp tj. w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Z treści odwołania, którego kopia została przekazana Zamawiającemu, wynika bowiem, że miało ono zawierać załączniki, w tym m.in. kalkulację ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Kopia tych załączników nie została Zamawiającemu przekazana, a zatem Zamawiający otrzymał niekompletną kopię odwołania i w konsekwencji nie mógł zapoznać się z pełną treścią odwołania przed upływem ustawowego terminu, w związku z czym odwołanie podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu, Zamawiający podał, że w jego ocenie wniesione przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol Sp. z o.o. w Tylmanowej odwołanie od wykluczenia go z udziału w postępowaniu nie jest zasadne i powinno być oddalone w całości. W pierwszej kolejności wskazał, że czynnością skutkującą odrzuceniem oferty Odwołującego było wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, a dodatkowo - niezależnie od zachodzącej podstawy do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu - oferta tego wykonawcy podlegała również odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podał, że (...) Pośród warunków udziału w postępowaniu wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - tj. odpowiedzialnymi w szczególności za świadczenie usług i kontrolę jakości (vide: rozdział V pkt 6 w zw. z rozdziałem IV pkt. 3 SIWZ). W rozdziale IV pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia lub inne dokumenty określające: jaki jest zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, w jaki sposób zostaną wykorzystane zasoby innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, jakiego charakteru stosunki będą łączyły Wykonawcę z innym podmiotem, jaki jest zakres i w jakim okresie inny podmiot będzie brał udział przy wykonywaniu zamówienia. Z oferty Odwołującego wynikało, iż polega ona na zasobach firmy Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. w Wadowicach (dalej: EKO Sp. z o.o.) w postaci potencjału technicznego oraz kadrowego. Załączone do oferty Odwołującego się pisemne zobowiązanie firmy EKO Sp. z o.o. zawierało jednakże jedynie informacje o sposobie wykorzystania, zakresie, charakterze oraz okresie wykorzystania potencjału technicznego w postaci bazy magazynowo - transportowej. W związku z tym Zamawiający

wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Empol Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów złożonych dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez złożenie pisemnego zobowiązania „EKO” Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w postaci potencjału kadrowego tej spółki, zawierającego wymagane przez Zamawiającego informacje. Wykonawca złożył dokument w wyznaczonym terminie, jednakże przedstawione zobowiązanie EKO Sp. z o.o. było częściowo kopią dokumentu, albowiem zostało opatrzone tylko jednym własnoręcznym podpisem wiceprezesa zarządu tej spółki – L. M., podpis drugiego członka zarządu - Prezesa zarządu, M. M. był jedynie kopią (skanem) podpisu własnoręcznego tej osoby (okoliczność bezsporna). Zgodnie z zasadami reprezentacji EKO Sp. z o.o. w Wadowicach, oświadczenia woli w imieniu tej spółki składają, w przypadku zarządu wieloosobowego, wszyscy członkowie zarządu działający łącznie (vide: informacja z KRS dotycząca EKO Sp. z o.o.). Skoro zachowanie pisemności zobowiązania wymagało własnoręcznego podpisu osoby uprawnionej do reprezentowania podmiotu trzeciego pod osnową oświadczenia woli o udostępnieniu zasobów (w tym wypadku kadrowych), przedstawienie dokumentu, w którym podpis jednej z osób uprawnionych przy wymaganej łącznej reprezentacji podmiotu nie był podpisem własnoręcznym, oznacza, że wykonawca nie zachował wymaganej przez ustawodawcę formy tego oświadczenia. Ustawodawca w przepisie art. 26 ust. 2a ustawy - Pzp zastrzegł dla wyżej wymienionego oświadczenia formę pisemną (ad probationem, argument z art. 74 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp). W konsekwencji, oświadczenie niezłożone w przepisanej formie nie może stanowić dowodu dla stwierdzonych w nim okoliczności (tj. zaciągnięcia zobowiązania do udostępnienia zasobów).

Dlatego też uznanie przez Zamawiającego, że odwołujący się wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zasobami kadrowymi firmy EKO Sp. z o.o. jest uzasadnione, a czynność polegająca na wykluczeniu go z tego powodu z udziału w postępowaniu zgodna z prawem”. Zdaniem Zamawiającego, (...) Wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionemu w uzasadnieniu odwołania, oświadczenie to nie może być złożone w sposób konkludentny, co jego zdaniem miałyby wynikać z tego, że skoro prezes zarządu wykonawcy jest jednocześnie prezesem zarządu podmiotu trzeciego EKO Sp. z o.o. oraz, że Odwołujący posiada udziały w spółce EKO, to fakt złożenia oferty w postępowaniu, oraz wyrażenie przez Prezesa zarządu obu spółek zgody na umieszczenie skanu podpisu jest wystarczający dla wykazania, że Odwołujący się dysponuje zasobami podmiotu trzeciego, albowiem podmiot trzeci (EKO Sp. z o.o.) wyraził na to zgodę. Skoro Odwołujący się postanowił udowodnić fakt dysponowania zasobami podmiotu trzeciego poprzez przedstawienie zobowiązania tegoż podmiotu, przedstawione przezeń oświadczenie woli powinno spełniać wymagania ustawowe co do formy”. Zdaniem Zamawiającego (...) Trudno również uznać, aby Zamawiający miał obowiązek prawny co do



wyjaśnienia rzekomych wątpliwości odnośnie do powyższej kwestii, skoro fakt niezłożenia własnoręcznego podpisu pod oświadczeniem przedstawionym Zamawiającemu był ewidentny. Zasady reprezentacji EKO Sp. z o.o. są ujawnione w publicznym rejestrze - zaś Odwołujący się w istocie rzeczy miał świadomość potrzeby złożenia pod ww. zobowiązaniem podpisów obu urzędujących członków zarządu spółki EKO. Wbrew sugestii Odwołującego się, Zamawiający nie miał obowiązku kierowania do niego kolejnego wezwania o uzupełnienie (tu nieprawidłowego dokumentu), tego rodzaju ponowne wezwanie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawca jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu, a reguły reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należą do kategorii zagadnień podstawowych w przypadku prowadzenia działalności w tej formie prawnej". Zamawiający podkreślił, że Odwołujący przekazał mu kopię odwołania bez załączników toteż nie może odnieść się do wskazanej tamże kalkulacji cenowej, niemniej niezależnie od tego uważa, że oferta odwołującego się wykonawcy podlega również odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę. Dalej podał, że (...) Cena zaoferowana przez Odwołującego w sposób istotny odbiegała od oszacowanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia zwiększonej o VAT, jak również od średniej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu: wynosiła bowiem kwotę 437 652,60 zł, a w przypadku kolejnych w rankingu cenowym ofert odpowiednio: 585 072,48 zł, 664 710,00 zł, i 680 438,40 zł". Dalej podał, że jego wątpliwości (...) wzbudziła w szczególności jedna z cen jednostkowych oferty wykonawcy, a mianowicie miesięczny koszt odbioru odpadów z miejscowości niezamieszkałych (szkoły, przedszkola, biblioteki, itp.), skalkulowany przez PUK Empol Sp. z o.o. na poziomie 5,30 zł za odbiór odpadów niesegregowanych oraz 3,15 zł za odbiór odpadów segregowanych (nota bene, tyle samo, ile oferowana przez wykonawcę cena za odbiór odpadów od jednego mieszkańca gminy). Wobec faktu, że ten element kalkulacji cenowej wykonawcy miał wpływ na ogólną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, Zamawiający był zatem nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany, aby zwrócić się do Odwołującego się o wyjaśnienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Co istotne, ten element zamówienia w ofertach innych wykonawców został skalkulowany na poziomie pomiędzy 80 a 100 zł. Wbrew stanowisku Odwołującego się, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny było jednoznaczne i wyraźne, jeżeli chodzi o wskazanie elementu oferty, który powinien być szczególnie wyjaśniony, tj. cena za odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych (szkoły, przedszkola, biblioteki, itp.). Odwołujący się udzielił wyjaśnień ogólnikowych, nie odnosząc się w ogóle do kwestii wskazanej przez Zamawiającego, z kolei Zamawiający zwracając się do tego wykonawcy o wyjaśnienia, miał prawo oczekiwać, że udzielone przez wykonawcę informacje, dotyczące wyceny konkretnego elementu oferty będą rzeczowe i wyczerpujące. W niniejszym przypadku Odwołujący się poza ogólnymi wskazaniem dotyczącymi wieloletniego

doświadczenia w zakresie świadczenia przedmiotowych dla sprawy usług oraz oszczędnej metody wykonania zamówienia, nie odniósł się w żaden sposób do skonkretyzowanej wątpliwości wyrażonej przez Zamawiającego, a dotyczącej precyzyjnie określonego elementu oferty. Prowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez Wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w udzielonych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnego wezwania do kierowanego do wykonawcy, albowiem naruszałoby to równe traktowanie wykonawców i zachowanie konkurencyjności postępowania. Zróżnicowanie kosztów odbioru odpadów z poszczególnych kategorii nieruchomości, z uwagi na ich charakterystykę i ilość wytwarzanych odpadów wydaje się kwestią naturalną, mającą zresztą odniesienie zarówno w oszacowaniu przez Zamawiającego wartości zamówienia, jak i w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców". W konkluzji stwierdził, że z powyższych względów nie mógł uznać złożonych przez wykonawcę wyjaśnień za przekonujące i wystarczające, i tym samym zachodziła w przypadku oferty Odwołującego kolejna podstawa do jej odrzucenia, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając w pierwszej kolejności wniosek Zamawiającego o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wniosek ten nie podlega uwzględnieniu. Zdaniem Izby, załączona do odwołania kalkulacja ceny oferty, na którą to kalkulację powoływał się w odwołaniu wykonawca niewątpliwie stanowiła merytoryczny element odwołania kreujący jego treść, a jego brak mógł ograniczać możliwość oceny przez Zamawiającego zasadności podnoszonego w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny. Jednakże Zamawiający nie uprawdopodobnił, że tego załącznika nie otrzymał wraz z odwołaniem. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie z dyrektywą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strona [lub uczestnik postępowania] dla stwierdzenia faktów z których wywodzi skutki prawne jest obowiązana wskazywać dowody na ich potwierdzenie. W niniejszej sprawie taki obowiązek obciążał Zamawiającego, albowiem to Zamawiający wskazywał na niekompletność przekazanej mu kopii odwołania. Izba jednocześnie stwierdza, że do odwołania wniesionego do Prezesa KIO w dniu 31.10.2014 r. załączono w jednym egzemplarzu załączniki także kopię odwołania z prezentatą Urzędu Gminy Wieprz

przekazaną do Zamawiającego, jednakże z tych okoliczności nie można było wprost wnosić, że załączniki wymienione, w tym kalkulacja nie została doręczona Zamawiającemu. Wykazanie tej okoliczności przez Zamawiającego stanowiłoby uzasadnioną podstawę do odrzucenia tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Izby informacje zawarte w tej kalkulacji pomimo ich formalnego wyodrębnienia na oddzielnej karcie w swej istocie stanowią element konstytuujący treść odwołania, o którym stanowi przepis [art. 180 ust. 3](#) ustawy Pzp, wymagając m.in. wskazania okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania oraz przepis [§ 4 ust. 1 pkt 8](#) rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), który z kolei również wymaga wskazania nie tylko okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, ale również dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Rozpoznając – w granicach odwołania zgodnie z dyrektywą z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - podnoszony w odwołaniu zarzut wykluczenia wnoszącego odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Empol” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej [PUK EMPOL lub Empol] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut ten podlega oddaleniu.

Z ustaleń w sprawie bezspornie wynika, że wnoszący odwołanie wykonawca przedłożył w ofercie na wymaganym specyfikacją formularzu zobowiązanie [załącznik nr 6 do formularza oferty z datą 6.10.2014 r.], w którym Przedsiębiorstwo Komunalne „EKO” Sp. z o.o. w Wadowicach [PK Eko lub EKO] zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy zasoby w zakresie potencjału technicznego oraz potencjału kadrowego przy wykonywaniu na rzecz Gminy Wieprz zamówienia - usługi „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wieprz w roku 2015”. Dokument ten został podpisany zgodnie z zasadą reprezentacji wskazaną w KRS przez M. M. – prezesa zarządu i L. M. – wiceprezesa. Tak jak prawidłowo ustalił Zamawiający załączone do oferty pisemne zobowiązanie firmy PK „EKO” Sp. z o.o. zawierało [wymagane pkt IV.4 specyfikacji] informacje o sposobie wykorzystania, zakresie, charakterze oraz okresie wykorzystania zasobów, ale tylko w zakresie potencjału technicznego udostępnianego w postaci bazy magazynowo - transportowej. W związku z tym Zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę pismem z dnia 15.10.2014 r. do uzupełnienia oferty i przedstawienie w treści pisemnego zobowiązania wskazanego podmiotu trzeciego, także - zgodnie z załącznikiem nr 6 do specyfikacji – informacji odnośnie potencjału kadrowego. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedstawił ponownie zobowiązanie sporządzone na wymaganym specyfikacją formularzu, które opatrzył także datą 6.10.2014 r. i w tym

dokumencie powtórzono treść zobowiązania z oferty [także z datą 6.10.2014 r.] w szczególności wskazując ponownie na uprawnionych do złożenia zobowiązania [M. M. – Prezes zarządu, L. M. – wiceprezes], a w punkcie 1 po średniku wpisano wyrazy „wiceprezes zarządu P.K. „EKO” Chocznia, a w punktach 2 i 3 dodano wyrazy „nadzór nad realizacją zamówienia, zarządzanie kadrą pracowników”

Izba stwierdziła, że przedstawione zobowiązanie EKO Sp. z o.o. w zakresie spornym nie spełnia wymaganego warunku, albowiem zostało opatrzone tylko jednym własnoręcznym podpisem wiceprezesa zarządu tej spółki – L. M., podpis drugiego członka zarządu - Prezesa zarządu, M. M. był jedynie kopią (skanem) podpisu tej osoby. Zgodnie z zasadami reprezentacji PK EKO Sp. z o.o. w Wadowicach [informacja z KRS dotycząca EKO Sp. z o.o. potwierdzona w treści zobowiązania], do skutecznego składania oświadczeń woli w imieniu tej spółki wymagane jest łączne działanie dwóch członków zarządu L. M. [wiceprezes zarządu] i M. M. [prezes zarządu] (vide: informacja z KRS.). Izba, podkreśla, że dla skutecznego złożenia oświadczenia w imieniu udostępniającej zasoby spółki, pisemne zobowiązanie stosownie do postanowień art. 26 ust.2b ustawy Pzp jak również pkt IV.4 specyfikacji wymagało własnoręcznego podpisu obu członków zarządu pod osnową oświadczenia woli o udostępnieniu zasobów, w tym przypadku kadrowych. Izba zauważa dodatkowo, że kwestie współwłasności w spółce PK „EKO” sp. z o.o., chociażby na gruncie prawa handlowego nie mogą uprawniać spółki PUK „EMPOL” sp. z o.o. do swobodnego dysponowania składnikami materialnymi i niematerialnymi przeznaczonymi do prowadzenia działalności gospodarczej spółki EKO. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie mogło być złożone przez pana M. M. w imieniu spółki EKO w sposób konkludentny, dlatego tylko, że jest on jednocześnie prezesem zarządu tego podmiotu trzeciego i spółki EMPOL oraz, że wnosząca odwołanie spółka jest „większościowym udziałowcem” w podmiocie trzecim. Także fakt złożenia oferty w postępowaniu oraz nawet hipotetyczne [nieudowodnione] wyrażenie przez pana M. M. [prezesa zarządu obu spółek] zgody na umieszczenie skanu podpisu nie jest wystarczające dla uznania, wykazania, że Odwołujący dysponuje zasobami podmiotu trzeciego. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że sporne zobowiązanie zostało złożone skutkiem uprzedniego wezwania na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp bez zachowania wymaganej pisemnej formy [zostało bezspornie nieprawidłowo podpisane], a tym samym wykonawca nie może domagać się kolejnego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem złożenia kolejnego [trzeciego] załącznika nr 6 podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji Przedsiębiorstwa Komunalnego „EKO” Sp. o.o. Zamawiający kierując takie kolejne wezwanie o uzupełnienie nieprawidłowego dokumentu, naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, na co wskazuje m.in. jedno z ostatnich

orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 Cartiera dell' Adda. W punkcie 42 tego wyroku Trybunał stwierdził, że instytucja zamawiająca zobowiązana jest ściśle przestrzegać wyznaczonych przez siebie kryteriów, przez co musi ona wykluczyć z przetargu podmiot gospodarczy, który nie dostarczył dokumentu lub informacji, których dostarczenie było wymagane w dokumentacji przetargowej pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ten obowiązek – jak podkreślono w orzeczeniu w jego punkcie 43 – ciążyący na instytucjach zamawiających mieści się w ramach zasady równego traktowania i wynikającego z niego obowiązku przejrzystości obowiązujących te instytucje.

W konkluzji Izba stwierdza, że czynność wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Empol” Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp była zasadna, albowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zasobami kadrowymi firmy EKO Sp. z o.o. i w związku z tym oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Tak jak wskazano, Zamawiający zastosował procedurę z art.26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym także zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu, jako niezasadny podlega oddaleniu.

W odniesieniu do kwestii związanych z rażąco niską ceną, Izba uznała w pierwszej kolejności, że podnoszony zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowo sformułowane przez Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty jest spóźniony, albowiem Zamawiający wezwanie na podstawie tego przepisu, w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, skierował do wykonawcy w dniu 15.10.2014 r., a tym samym termin na wniesienie odwołania co do tej czynności z uwagi na art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp upłynął z dniem 25 października 2014 r.

Odnosnie podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że Zamawiający w piśmie z dnia 27.10.2014 r. w części informującej wykonawcę o wykluczeniu z postępowania wskazał jako podstawę odrzucenia oferty tylko na art. 89 ust.1 pkt 5 w związku z art. 24 ust.4 ustawy Pzp z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Dodatkowo Izba stwierdza, że Zamawiający ponad wskazaną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty uznał, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku podkreślił, że wyjaśnienia składane przez

wykonawcę są bardzo ogólne, a w szczególności nie zawierają kalkulacji ani uzasadnienia niskiej ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie z treścią wezwania z dnia 15.10.2014 r. Zamawiający wymagał wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując dodatkowo, że te wyjaśnienia powinny uwzględniać również cenę odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. Profesjonalny wykonawca zatem, a do takich podmiotów w pierwszej kolejności jest kierowane zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne - nie mógł, wobec znaczących różnic cenowych – do wartości szacunkowej zamówienia oraz cen z ofert konkurujących wykonawców – ograniczyć tych wyjaśnień tylko do ogólnych stwierdzeń typu: oszczędność metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne wykonawcy w zakresie przetwarzania odpadów czy odzysk surowców, wskazując tylko ogólnie na założenia do kalkulacji ceny, a pomijając w tych wyjaśnieniach jakąkolwiek informację odnośnie sposobu kalkulacji ceny odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w sytuacji, gdy oferowana przez wykonawcę cena jednostkowa była ponad 20-krotnie niższa od średnich cen w ofertach pozostałych wykonawców i tej ceny w szczególności dotyczyło wezwanie. Dopiero w odwołaniu wykonawca wskazał, że nie różnicował ceny ze względu na zamieszkanie terenów, z których odpady mają być odbierane oraz złożył dla przedstawianej w ofercie ceny kalkulację opracowaną na użytek postępowania odwoławczego, w sytuacji, gdy sporządzenie takiej kalkulacji powinno poprzedzać ustalenie przedstawionej w ofercie ceny przez każdy profesjonalny podmiot.

Tym samym także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym wezwaniem z dnia 15.10.2014 r. pozwalającym uznać, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....