

**WYROK**

**z dnia 14 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego – EKO-KRAS sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Opole Lubelskie,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2. wykluczenie wykonawcy Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach sp. z o.o. z siedzibą w Bełżycach z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wymagań dotyczących oznakowania pojazdów i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
  - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Opole Lubelskie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – EKO-KRAS sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Opole Lubelskie na rzecz Odwołującego – EKO-KRAS sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Lublinie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Gmina Opole Lubelskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Opole Lubelskie” (znak sprawy: GKR.271.1.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2015 r. pod numerem 2015/S 104-189246.

W dniu 18 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Zakład Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach sp. z o.o. z siedzibą w Bełżycach (dalej: „Wykonawca ZZOK”).

W dniu 28 sierpnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy EKO-KRAS sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku (dalej: „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę ZZOK, pomimo że podlegała ona odrzuceniu, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. dokonanie oceny ofert złożonych przez wykonawców z uwzględnieniem oferty Wykonawcy ZZOK oraz dokonanie tej wyboru oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta jako nie odpowiadająca treści SIWZ oraz zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna zostać odrzucona,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
4. prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK pomimo, że nie odpowiadała treści SIWZ oraz zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZZOK do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Wykonawcy ZZOK oraz dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta jako nie odpowiadająca treści SIWZ oraz zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna zostać odrzucona,
4. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo, iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Wykonawcy ZZOK,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych,

a nadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp i zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK w sposób oczywisty poniósł szkodę z uwagi na brak możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym pomimo tego, że oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z Częścią V ust. 1 pkt 1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp), tj. wykonawca musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Opole Lubelskie, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane przez właściwy organ oraz spełniać warunki rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (dalej: „Rozporządzenie”).

Zgodnie z ust. 2 pkt 3 SIWZ warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami określonymi w ww. zapisach. Pojazdy te muszą być trwale i czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi teleadresowymi podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący przywołał przepis § 3 pkt 2 Rozporządzenia, zgodnie z którym w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Pismem z dnia 28 lipca 2015 r. Zamawiający – powołując się na art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp – wezwał Wykonawcę ZZOK do złożenia wyjaśnień wskazując, że z załączonego do oferty z dnia 16 lipca 2015 r. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych nie wynika m.in.: czy wskazane w wykazie pojazdy są trwale czytelnie oznakowane w miejscu widocznym nazwą firmy i danymi teleadresowymi podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca ZZOK w Bełżycach w piśmie z dnia 3 sierpnia 2015 r. złożył oświadczenie, zgodnie z którym: „[...]Wykazane w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych pojazdy będące naszą własnością są trwale i czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi teleadresowymi.[...]” oraz załączył fotografie mające potwierdzać, że warunek ten faktycznie został spełniony. Jednakże z załączonych fotografii jednoznacznie wynika, że pojazdy będące własnością wykonawcy są oznakowane nazwą firmy i adresem, jednakże nie są oznakowane numerem telefonu wykonawcy. Wykonawca ZZOK nie spełnia zatem warunków, które wprost zostały określone w Rozporządzeniu, na które powołuje się Zamawiający w SIWZ. Potwierdza to, że treść oferty złożonej przez Wykonawcę ZZOK nie jest zgodna z treścią SIWZ, zatem powinna być odrzucona przez Zamawiającego już z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zgodnie z postanowieniami części V ust. 2 pkt 2 SIWZ warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, gdy wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub/i wykonuje min. 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach której realizował zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 2.000

wytwórców tych odpadów (przez wytwórców odpadów rozumie się: gospodarstwa domowe, podmioty gospodarcze itp.) wraz z załączeniem dowodów, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Jednym z załączników do SIWZ był załącznik nr 6 – wykaz wykonanych dostaw lub usług, który stanowił integralną część złożonej oferty.

Zgodnie z ww. załącznikiem oferent miał podać: nazwę zadania, ilość wytwórców odpadów, wartość zamówienia brutto, datę realizacji zamówienia, nazwę i adres Zamawiającego. W załączniku nr 6 złożonym przez Wykonawcę ZZOK, pod pozycją nr 1: „Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze Gminy Niemce”, w rubryce „Ilość wytwórców odpadów” została podana informacja „18 074 osoby”. Należy jednak wskazać, że jako wytwórców odpadów, które to pojęcie zostało wprost użyte przez Zamawiającego nie można traktować osób, a gospodarstwa. Zostało to wprost doprecyzowane przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 6 oraz w treści SIWZ, gdzie stwierdzono: „[...]przez wytwórców rozumie się: gospodarstwa domowe, podmioty gospodarcze itp.[...]”. Również z załączonego pierwotnie poświadczenia wykonania usługi wystawionego przez Wójta Gminy Niemce, nie wynika informacja co do liczby wytwórców, czyli gospodarstw. Powyższe oznacza, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i oferta powinna ulec odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na przepis art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien był dokonać odrzucenia oferty już z tej przyczyny, nie zaś wzywać Wykonawcę ZZOK do złożenia wyjaśnień, w ramach których wykonawca przedstawił poprawione oświadczenie wystawione przez Gminę Niemce. Podkreślenia wymaga jednak, że treść oferty nie mogła zostać zmieniona, po terminie składania ofert, gdyż powodowałoby to istotne zmiany, w konsekwencji czego zachodzi niezgodność pomiędzy treścią oferty, a SIWZ. Ponadto dokonana konwalidacja w zakresie dokumentu potwierdzającego doświadczenie w sposób rażąco łamie zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 Pzp.

W zakresie zarzutu związanego z rażąco niską ceną Odwołujący powołał się na orzecznictwo, w którym podjęto próby zdefiniowania pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Wyjaśnił, że wartość zamówienia wskazana przez Zamawiającego to kwota 1.165.258,80 zł. Cena ofertowa wskazana przez Odwołującego to kwota 942.595,20 zł, przy czym przyjęte ceny jednostkowe to: kwota 235,00 zł netto za 1 Mg odpadów, 0,15 zł netto za 1 worek.

Odwołujący podkreślił, że prowadził uprzednio obsługę Zamawiającego w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w okresie od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia 31 sierpnia 2015 r. i doskonale zna już warunki finansowe, które pociąga za sobą realizacja zamówienia dla Zamawiającego. Dodatkowo wskazać należy, że poza

Zamawiającym Odwołujący prowadził obsługę również innych gmin, w związku z czym znane są mu ceny rynkowe zarówno w zakresie zagospodarowania odpadów, jak również ceny worków. Opierając się na własnym doświadczeniu, wiedzy oraz znajomości cen rynkowych, z którymi Odwołujący musiał zapoznać się przy sporządzaniu oferty również w Postępowaniu, w ocenie Odwołującego jest niemożliwym, aby Wykonawca ZZOK w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia osiągnął jakikolwiek zysk. Ceny jednostkowe są bowiem poniżej cen rynkowych. Zamawiający jako profesjonalista powinien był zwrócić się do niego o złożenie wyjaśnień w tym zakresie, czego jednak nie uczynił.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący podniósł, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli ta oferta podlega odrzuceniu na podstawie regulacji zawartych w art. 89 Pzp.

W związku z powołanymi powyżej zasadami udzielania zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk” czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2015.184 j.t. ze zm.), zwanej dalej „UOKiK”, zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ZZOK jest kapitałowo powiązany z Zamawiającym. Jedynym jego współnikiem jest Celowy Związek Gmin „PROEKOB” z siedzibą w Bełżycach, do którego to związku gmin należy również Gmina Opole Lubelskie (Zamawiający), a Burmistrz Gminy Opole Lubelskie jest członkiem zgromadzenia ww. związku gmin. Już ta okoliczność, w ocenie Odwołującego, wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że to Zamawiający miał wpływ na treść złożonej przez Wykonawcę ZZOK oferty, tak co do ceny nie generującej zysku, jak również jej warunków. Takie powiązanie na wstępie stawia w znacznie gorszej sytuacji pozostałych wykonawców, którzy przystępując do przetargu faktycznie chcą osiągnąć zysk, gdyż traktują realizację

zamówienia jako źródło dochodów pozwalających na prowadzenie działalności gospodarczej. Tymczasem jak wynika z powyższego Zamawiający ma bezpośredni wpływ na finansowanie Wykonawcy ZZOK, co miało przełożenie na złożenie przez niego oferty z rażąco niską ceną tak, aby zamówienie na rzecz Zamawiającego zostało wykonane za jak najniższą cenę.

O tym, że Zamawiający naruszył powołane przepisy świadczy również to, że Burmistrz w imieniu Zamawiającego złożył oświadczenie ZP-1, w którym oświadczył, że nie pozostaje z żadnym wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, które mogłyby budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Oświadczenie to zostało złożone niezgodnie z prawdą, gdyż w niniejszym przypadku zachodzi stosunek prawny, który budzi wątpliwości co do bezstronności w relacjach z Wykonawcą ZZOK. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

We wzmiankowanym powyżej wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 28 lipca 2015 r. Zamawiający dążył do ustalenia, czy wskazane w załączonym do oferty wykazie pojazdy:

- posiadają konstrukcję zabezpieczającą przed rozwiewaniem i rozpyleniem przewożonych odpadów oraz minimalizującą oddziaływanie czynników atmosferycznych na pojazdy,
- są wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątnięcie terenu po opróżnieniu pojemników,
- są wyposażone w systemy monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiające trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu, postoju.

Ponadto Zamawiający podniósł, że Wykonawca ZZOK w ww. wykazie nie wskazał pojazdu typu śmieciarka przystosowanego do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z miejsc trudno dostępnych oraz pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

W odpowiedzi na korespondencję Zamawiającego, Wykonawca ZZOK, złożył wyłącznie oświadczenia w tym zakresie, że pojazdy wskazane w wykazie spełniają powyższe wymagania nie „wykazując” tego w żaden sposób, jak tego wymagały zapisy SIWZ, tj. nie przedstawiając żadnych dokumentów, czy fotografii w tym zakresie. W ocenie Odwoływającego samo oświadczenie nie wykazuje spełniania wymagań. W odpowiedzi na takie samo pismo Zamawiającego, Odwoływający nie tylko złożył precyzyjne oświadczenia, ale również załączył dokumenty na potwierdzenie spełniania każdej przesłanki.

Następnie, pismem z dnia 11 sierpnia 2015 r., Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę ZZOK do złożenia wyjaśnień dotyczących pojazdów, jako podstawę kolejnego



wezwania podając, że Odwołujący podniósł w tym zakresie zarzuty. Odwołujący zarzuty podnosił, lecz jeszcze przed skierowaniem przez Zamawiającego pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień, co oznacza, że był to jedynie pretekst dla Zamawiającego, aby wystąpić z kolejnym wezwaniem w tym samym zakresie, gdyż Wykonawca ZZOK, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wykazał, że pojazdy spełniają przesłanki, o których mowa w SIWZ. Ponowne wezwanie nie miało zatem służyć wyjaśnieniu wątpliwości Zamawiającego, ale miało służyć wskazaniu Wykonawcy ZZOK co powinien złożyć, żeby w końcu wykazać, że warunki w tym zakresie spełnia.

W piśmie z dnia 11 sierpnia 2015 r. Zamawiający nie tylko wskazał w jakiej formie mają być złożone wyjaśnienia, do czego akurat był uprawniony, ale również w sposób szczegółowy wskazał wykonawcy co w opisach pojazdów powinno się znaleźć, w tym, że po raz kolejny powinny znaleźć się oświadczenia dotyczące danych pojazdu z pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień. Potwierdza to w sposób jednoznaczny, że Zamawiający dążył do tego, aby to oferta Wykonawcy ZZOK została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego zachodzi w niniejszym przypadku sytuacja, o której mowa jest we wzmiankowanych przepisach o ochronie konkurencji i konsumentów, co potwierdza również wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę ZZOK, która to cena nie pozwala na osiągnięcie przez niego jakiegokolwiek zysku z tytułu realizacji zamówienia.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie z niżej wskazanych przyczyn.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art 89 ust 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK Zamawiający podał, że w Części V SIWZ określił warunki udziału w Postępowaniu, których nie spełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Wskazał na warunek udziału w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia (Cz. V ust. 2 pkt. 2) SIWZ) i warunek udziału w zakresie wymaganego potencjału technicznego (Cz. V ust. 2 pkt. 3) SIWZ).

W odniesieniu do pierwszego z nich Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się wykonaniem min. 2 usług odpowiadających swoim rodzajom usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, w ramach której realizował zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 2.000 wytwórców tych odpadów (gospodarstwa domowe, podmioty gospodarcze itp). Wykonane lub wykonywane usług wykonawcy mieli opisać w wykazie (Załącznik nr 6 do SIWZ) w którym należało podać m.in. nazwę zadania, ilość wytwórców odpadów i nazwę zamawiającego. Do wykazu należało załączyć dowody, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Wykonawca ZZOK w złożonym wykazie wskazał 2 usługi, które wykonał na rzecz: (1) Gminy Niemce (odbiorcy: 18.074 osoby) i (2) Gminy Nałęczów (odbiorcy: 2.300 gospodarstw). W celu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie pkt 1) wykazu Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał Wykonawcę ZZOK do wyjaśnienia na ilu wytwórców składa się wskazana liczba osób. W odpowiedzi Wykonawca ZZOK, pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., wskazał, że 18.074 osoby to 4.508 gospodarstw, a na dowód załączył dodatkowe oświadczenie Burmistrza Gminy Nałęczów z dnia 7 lipca 2015 r. W ocenie Zamawiającego takie wyjaśnienia rozwiewały wątpliwości, przy czym podkreślił, że przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu został wykazany w pkt 2) wykazu. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub złożenia wyjaśnień co do tych dokumentów (art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp) jest obowiązkiem zamawiającego. W wyniku tego wezwania wykonawcy mogą uzupełnić lub zmienić dokumenty. Nie ma też przeszkód prawnych do zmiany dokumentu w wyniku wezwania z art 26 ust. 4 Pzp.

W świetle powyższego wezwanie Wykonawcy ZZOK do złożenia wyjaśnień co do wykazu usług mieści się w dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp. Złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące ilości gospodarstw wraz z dodatkowym poświadczeniem odbiorcy usług potwierdzają spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (art. 24 ust 2 pkt. 4 Pzp).

Zamawiający podkreślił, że w opisywanej sytuacji faktycznej nie mamy do czynienia ze zmianą oferty, a zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

W odniesieniu do posiadanego przez wykonawców potencjału technicznego Zamawiający wymagał, aby wykazali się oni dysponowaniem co najmniej: 3 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów typu śmieciarka, w tym jednym pojazdem przystosowanym do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych z miejsc trudno dostępnych, 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej. Pojazdy powinny być odpowiednio oznakowane i spełniać wskazane w Części V ust. 2 pkt 3 SIWZ warunki techniczne. Posiadane pojazdy należało opisać w wykazie sprzętu (Załącznik nr 7 do SIWZ), w którym należało podać: rodzaj przeznaczenia pojazdu, typ pojazdu, opis techniczny pojazdu, w tym: ładowność, oznakowanie, konstrukcja zabezpieczenia, numer rejestracyjny, podstawa dysponowania.

Wykonawca ZZOK wskazał, że dysponuje 6 pojazdami. Z uwagi na to, że wykaz nie zawierał wszystkich informacji i w celu jego wyjaśnienia Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał go do podania czy wskazane w wykazie pojazdy są trwale oznakowane, czy posiadają odpowiednią konstrukcję, czy są wyposażone w narzędzie i systemy

monitoringu, a nadto wskazania pojazdu do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych z miejsc trudno dostępnych.

W odpowiedzi Wykonawca ZZOK, w piśmie z dnia 3 sierpnia 2015 r., oświadczył, że ujęte w wykazie pojazdy są trwale i czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danym teleadresowymi, a nadto posiadają opisaną konstrukcję i wyposażenie, wskazał również wymagany w wezwaniu pojazd.

Wobec interwencji Odwołującego w zakresie konstrukcji pojazdów Zamawiający – pismem z dnia 11 sierpnia 2015 r. – wezwał Wykonawcę ZZOK do podania szczegółowego opisu pojazdów. W odpowiedzi przekazał te informacje, a także załączył – mimo braku takiego obowiązku w SIWZ – fotografie pojazdów. Pozwoliło to na kompleksową ocenę i stwierdzenie, że warunek udziału w Postępowaniu zakresie potencjału technicznego został spełniony przez Wykonawcę ZZOK.

Zamawiający podkreślił, że jego czynności były zgodne z prawem (art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp), a zarzut Odwołującego, że naruszono, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ jest całkowicie bezzasadny.

Tytułem repliki na zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny Zamawiający podał, że w Postępowaniu złożono 5 ofert z następującymi cenami:

1. oferta 1 (Wykonawca ZZOK) – 942.595,20 zł,
2. oferta 2 (Odwołujący) – 1.039.302,88 zł,
3. oferta 3 – 3.351.471,52 zł,
4. oferta 4 – 1.598.647,68 zł,
5. oferta 5 – 2.165.882,64 zł.

Podał również, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 1.165.258,80 zł, a średnia cena 5 ofert – 1.819.580 zł.

W odniesieniu do ceny jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, cena oferty Wykonawcy ZZOK nie wydaje się rażąco niska, w szczególności nie jest niższa od 30% wartości zamówienia. Cena oferty Wykonawcy ZZOK nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i odrębnych przepisach. Jest to cena realna zważywszy na wartość takiej samej usługi w okresie poprzednich lat (1.065.924/29 zł brutto). Tym samym nie istniała potrzeba wzywania Wykonawcy ZZOK do wyjaśnienia składników zaoferowanej ceny. Dodatkowo można wskazać, że cena jego oferty jest zaledwie o 96.707,60 zł niższa od ceny oferty Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania ww. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż cena

oferty w świetle znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp nie jest ceną rażąco niską. Odpowiednio niezasadny jest zarzut Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK z powodu rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wyjaśnił, że zadecydowała o tym łączna ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ. Oferta Wykonawcy ZZOK otrzymała 100 pkt, a Odwołującego – 91,45 pkt.

Podniesione w odwołaniu zarzuty o braku bezstronności z uwagi na to, że wybrany wykonawca jest spółką powołaną przez Celowy Związek Gmin PROEKOB w Bełżycach, do którego należy Zamawiający, są – w jego ocenie – bezzasadne i nie udowodnione (art. 6 K.c.). Zamawiający przyznał, że należy do Celowego Związku Gmin, który utworzony został jako związek międzygminny. Wyjaśnił, że członkami Związku jest 15 gmin, a organy wykonawcze gmin (burmistrz, wójt) wchodzi w skład zarządu Związku. W składzie 15-osobowego zarządu Związku jest kierownik Zamawiającego. Majątek Związku jest odrębny od majątku gmin i jest odrębnie zarządzany. Powołana przez Związek spółka – Wykonawca ZZOK ma osobowość prawną i jest niezależna prawnie i finansowo zarówno od Związku, jak i gmin wchodzących w skład Związku.

Pomiędzy kierownikiem Zamawiającego, a Wykonawcą ZZOK nie występuje żadna z okoliczności, która uzasadniałaby konieczność wyłączenia się kierownika z Postępowania. Prowadziła je komisja przetargowa składająca się z 7 członków – osób obiektywnych, bezstronnych, bez jakichkolwiek powiązań z wykonawcami. W konsekwencji, okoliczności opisane w art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nie występują.

Zamawiający podkreślił, że przesłanka wyłączenia z postępowania określona w art. 17 ust. 1 pkt. 4 Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy osoby wykonujące czynności w postępowaniu pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób (np. stosunki wieloletniej znajomości, przyjaźni., wykonywanie pracy w jednym miejscu). Nie każde jednak pozostawanie osoby wykonującej czynności w postępowaniu z wykonawcą w relacji znajomości skutkuje wyłączeniem z postępowania oraz uznaniem, że została naruszona zasada obiektywizmu i bezstronności z art. 7 ust. 2 Pzp. Zamawiający zasygnalizował, że w art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp ustawodawca w sposób wyraźny określił stosunki prawne łączące osobę wykonującą, czynności w postępowaniu z wykonawcami, których zaistnienie skutkuje wyłączeniem z postępowania. Przesłanka z art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp ma natomiast charakter ocenny. Nie jest zatem wystarczające ustalenie jakiegokolwiek relacji pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą. Dopiero ocena okoliczności konkretnego przypadku może być

podstawą do stwierdzenia naruszenia art. 17 ust 1 pkt. 4 Pzp. Do wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby wykonującej czynności w postępowaniu nie wystarcza zatem sam fakt zaistnienia stosunku faktycznego lub prawnego. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt. 4 Pzp należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi między osobą wykonującą czynności w postępowaniu, a wykonawcą i wpływem tych relacji na sytuację prawną innych wykonawców w postępowaniu, a także na wynik postępowania. Nie wystarczy subiektywne przekonanie o wystąpieniu tej przesłanki. Wymagane jest wykazanie wpływu określonego stosunku faktycznego lub prawnego na sytuację prawną innego wykonawcy lub na wynik postępowania, nie wystarczą same wątpliwości, gdyż te muszą być uzasadnione.

Zamawiający ocenił, że sam fakt jego przynależności do Celowego Związku Gmin, który jest jedynym wspólnikiem Wykonawcy ZZOK nie uzasadnia uznania, że w Postępowaniu naruszono zasady obiektywizmu i bezstronności. Pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą ZZOK nie występuje żaden stosunek, czy też powiązanie kapitałowe, o którym mowa w odwołaniu. Zatwierdzenie prac komisji przetargowej przez kierownika zamawiającego, który jest jednym z 15 członków Zarządu w Celowym Związku Gmin nie tworzy stosunku prawnego lub faktycznego, który uzasadniałby konieczność wyłączenia się z Postępowania. Nie ma żadnego dowodu, na to że udział w Związku lub w Zarządzie Związku miał wpływ na sytuację, innych wykonawców lub na wynik Postępowania.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia zasad wynikających z art. 7 Pzp Zamawiający podkreślił, że Postępowanie zostało przygotowane i było prowadzone w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Wszystkie dokumenty przetargowe, wyjaśnienia SIWZ, odpowiedzi na pytania i zmiany SIWZ były udostępniane i przekazywane wykonawcom na równych zasadach. Czynności prowadzone w Postępowaniu były wykonywane przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Z zachowaniem jednakowych zasad Zamawiający oceniał i wyjaśniał złożone w przetargu oferty.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie został wykazany (art. 6 K.c.), a złożona jako dowód dokumentacja przetargowa potwierdza, że zarówno na etapie przygotowania Postępowania jak i jego prowadzenia, w tym oceny wyjaśnienia złożonych ofert, przestrzegano zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczoną powyżej argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte**

**w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

#### **Przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp**

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

#### **Zarzuty odwołania**

Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego o zaniechaniu sformułowania zarzutów dotyczących niespełniania przez Wykonawcę ZZOK warunków udziału w Postępowaniu. Jakkolwiek rzeczywiście w *petitum* odwołania błędnie wskazano na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w miejsce znajdującego zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), tym niemniej z uzasadnienia odwołania *expressis verbis* wynika, że okolicznością kwestionowaną przez Odwołującego jest prawidłowość kwalifikacji podmiotowej ww. wykonawcy. Należy mieć przy tym na względzie, że o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi odwołujący nie przesądza proponowana przez niego kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne opisane w odwołaniu. Z powyższego wynika, że odwołujący może wadliwie oceniać prawną kwalifikację rozpoznanych naruszeń (ostatecznie subsumpcja określonego stanu faktycznego pod normę prawną należy bowiem do Izby), ale nie może zrezygnować z ich szczegółowego uzasadnienia faktycznego. Tylko taka sytuacja (tj. zaniechanie przytoczenia w odwołaniu określonych okoliczności faktycznych stanowiących element składowy zarzutu) objęta jest dyspozycją przepisu art. 192 ust. 7 Pzp uniemożliwiającym orzekanie o zarzutach, które nie zostały podniesione w odwołaniu.

Skład orzekający nie podzielił również zdania Zamawiającego, jakoby zarzut naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nie został w odwołaniu sformułowany. Wprawdzie nie został on wyartykułowany w *petitum* odwołania, tym niemniej o objęciu określonych czynności (zaniechań) zamawiającego zakresem zaskarżenia nie decyduje umiejscowienie zarzutu w określonym miejscu pisma procesowego, którym jest odwołanie. W uzasadnieniu odwołania znalazł się bowiem opis stanu faktycznego z odesłaniem do przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę treść odwołania, Izba stwierdziła, że sformułowano w nim następujące zarzuty:

1. zaniechania wykluczenia Wykonawcy ZZOK z powodu niespełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału technicznego,
2. zaniechania wykluczenia Wykonawcy ZZOK z powodu niespełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

3. zaniechania wezwania Wykonawcy ZZOK do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę,
4. dwukrotnego wezwania Wykonawcy ZZOK do wyjaśnienia tych samych okoliczności związanych z dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
5. zaniechania wyłączenia Kierownika Zamawiającego od wykonywania czynności w Postępowaniu z uwagi na pozostawanie z Wykonawcą ZZOK w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,
6. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
7. wybór oferty najkorzystniejszej, która powinna zostać odrzucona,

które zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia.

#### **Ad 1**

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem Części V ust. 1 pkt 3 w zw. z ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wymienione w lit. a) – c) treści warunku pojazdy były m.in. trwale, czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi teleadresowymi podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Z kolei w Część II ust. 2 pkt 4) SIWZ Zamawiający wskazał, że jedną z podstaw prawnych jej opracowania jest rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U.2013.122), w którym, w § 3 pkt 2, ustawodawca sformułował wymóg, aby pojazdy takie były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (wymóg ten został powtórzony w treści wzoru „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ).

Wykonawca ZZOK załączył do oferty wykaz, z którego nie wynikały informacje o oznakowaniu ujętych w nim pojazdów. W konsekwencji został on wezwany przez Zamawiającego, pismem wysłanym dnia 28 lipca 2015 r., do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu m.in. w odniesieniu do kwestii trwałego i czytelnego oznakowania w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi teleadresowymi. W odpowiedzi, pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r., Wykonawca ZZOK oświadczył, że pojazdy spełniają wspomniany warunek załączając zdjęcia ich kabin mające potwierdzać tą okoliczność.

W konsekwencji, biorąc jednocześnie pod uwagę znaczenie użytego w SIWZ pojęcia „teleadresowe”, które Słownik Języka Polskiego definiuje jako *obejmujące numery telefonów i adresy osób lub instytucji* ([www.sjp.pl](http://www.sjp.pl)), uznać należało, że pojazdy ujęte w wykazie narzędzi powinny być oznakowane również numerem telefonu wykonawcy.

Jakkolwiek można zgodzić się z Zamawiającym, że weryfikowanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu dokonywane jest za pomocą oświadczeń i dokumentów, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), tym niemniej Zamawiający nie może pozostawać obojętny wobec dowodów przeczących treści złożonych oświadczeń, zwłaszcza w sytuacji, gdy intencją ich złożenia przez wykonawcę miało być potwierdzenie spełniania określonego warunku.

W ocenie składu orzekającego opisana powyżej sytuacja miała miejsce w Postępowaniu, kiedy to Zamawiający – po pierwsze – otrzymał zdjęcie jednego z pojazdów ujętych przez Wykonawcę ZZOK w załączonym do oferty wykazie, wykonane przez Odwołującego w dniu 21 lipca 2015 r., a zatem krótko po upływie terminu otwarcia ofert przypadającym na dzień 17 lipca 2015 r., na którym uwidoczniono prawy profil pojazdu o nr rej. LUB 1227H nieposiadającego żadnych oznaczeń. Po drugie – gdy w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego Wykonawca ZZOK przedstawił fotografię prawego profilu tego samego pojazdu z umieszczoną na nim tabliczką zawierającą tylko nazwę i adres wykonawcy, a zatem niespełniającą wymogu SIWZ. Co więcej, na pozostałych załączonych przez Wykonawcę ZZOK zdjęciach widnieją oznaczenia pojazdów, które – z uwagi na brak zawartego w ich treści numeru telefonu – również nie spełniają wymagań zawartych w treści warunku. Abstrahując nawet od wątpliwości Odwołującego odnośnie istnienia oznaczeń pojazdów w dacie upływu terminu składania ofert (jest to ostatni moment, w którym warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być spełniony – zob. art. 26 ust. 2a Pzp) dokumentacja fotograficzna dostarczona przez Wykonawcę ZZOK stanowiła *de facto* dowód na okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący.

Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego w zakresie tego zarzutu odwołania była niespójna. Z jednej strony twierdził bowiem, że weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawcy może odbywać się wyłącznie w oparciu o oświadczenia (czym zdawał się sugerować, że pominął analizę otrzymanej od Wykonawcy ZZOK dokumentacji fotograficznej), z drugiej zaś – że sposób oznakowania uwidoczniiony na zdjęciach jest wystarczający, a nadto że nie można wykluczyć, iż numer telefonu został umieszczony w innej części pojazdu.



W konsekwencji skład orzekający uznał, że Wykonawca ZZOK w istocie przyznał niespełnianie warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na niewłaściwe oznakowanie pojazdów wymienionych w załączonym do oferty wykazie, co uzasadniało konieczność wykluczenia go z Postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

## **Ad 2**

Zgodnie z Częścią V ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2 pkt 2 SIWZ wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zobowiązany był wykazać się wykonaniem/wykonywaniem minimum 2 usług, w ramach których realizował zamówienia polegające na odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 2.000 wytwórców tych odpadów w ramach jednej usługi i załączyć dowody ich należytego wykonania/wykonywania. Mianem wytwórców Zamawiający zdefiniował gospodarstwa domowe, przedsiębiorców, itp.

Wykonawca ZZOK załączył do oferty „Wykaz wykonanych dostaw lub usług”, sporządzony wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, w którym, pod poz. 1, ujął usługę wykonaną na rzecz Gminy Niemce, obejmującą ilość wytwórców odpadów wskazaną w osobach, nie zaś w wytwórcach i załączył dowód należytego wykonania usługi. W konsekwencji został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści dokumentu. Składając wyjaśnienia oświadczył, że usługa była świadczona dla 4.508 wytwórców, co potwierdzać miało oświadczenie Gminy Niemce z dnia 7 lipca 2015 r. załączone do wyjaśnień.

W ocenie Izby zakwestionowane przez Odwołującego wezwanie było prawidłowe, ponieważ przyjąć należało, że treść dokumentu nasuwała wątpliwości uzasadniające ich wyjaśnienie w przewidzianym przez ustawodawcę trybie.

## **Ad 3**

Wykonawca ZZOK zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 942.595,20 zł. W Postępowaniu złożono 5 ofert, których ceny dają średnią arytmetyczną na poziomie 1.819.580,00 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 1.165.258,80 zł.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy ZZOK do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdził się. Jakkolwiek Zamawiający trafnie argumentował, że zarzut ów nie może być oparty wyłącznie na doświadczeniu Odwołującego zdobytym w związku z realizacją na rzecz Zamawiającego tożsamy z przedmiotem zamówienia usług w poprzednich latach, tym niemniej Izba miała na względzie, że jedna z okoliczności obligujących Zamawiającego do uruchomienia procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust.

1 Pzp została przez niego przyznana w trakcie rozprawy. Zamawiający oświadczył bowiem, że cena oferty Wykonawcy ZZOK jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co *nota bene* wynika z przedstawionych powyżej wyliczeń.

Izba nie podziela przywołanej przez Zamawiającego interpretacji ww. regulacji, zgodnie z którą obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień warunkowany jest dodatkowo, poza zaistnieniem wspomnianej okoliczności, powstaniem u Zamawiającego wątpliwości dotyczących rzetelności kalkulacji. Lektura przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje bowiem na to, że ilekroć zajdzie przynajmniej jedna z przesłanek opisanych przy użyciu procentowego progu Zamawiający musi uruchomić procedurę wyjaśnień. Z woli ustawodawcy przesądzone zatem, że w sytuacji w której cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, cena oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub wymaganiami mającymi źródło w przepisach odrębnych.

W konsekwencji Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę ZZOK do złożenia wyjaśnień, a przez zaniechanie wykonania tego obowiązku naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp. Mając jednak na uwadze, że ww. wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn wskazanych powyżej Izba odstąpiła od nakazywania Zamawiającemu wykonania tej czynności.

Co zaś dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZZOK z uwagi na rażąco niską cenę Izba wskazuje, że nie był on uzasadniony, ponieważ czynność taka może być przez zamawiającego podjęta dopiero po wyczerpaniu procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp.

#### **Ad 4**

Izba ustaliła, że pismem wysłanym do Odwołującego w dniu 28 lipca 2015 r. Zamawiający wezwał go, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, m.in. do wyjaśnienia:

1. czy wskazane w wykazie pojazdy są trwale i czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi teleadresowymi podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości,
2. posiadają konstrukcję zabezpieczającą przed rozwiewaniem i rozpyleniem przewożonych odpadów oraz minimalizującą oddziaływanie czynników atmosferycznych na pojazdy,
3. czy pojazdy są wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątnięcie terenu po opróżnieniu pojemników,
4. czy pojazdy są wyposażone w systemy monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarne, umożliwiające trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu, postoju.

Następnie, pismem z dnia 11 sierpnia 2015 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę ZZOK do wyjaśnienia kwestii wymienionych w pkt 3 i 4 powyżej, motywując wezwanie interwencją Odwołującego.

W ocenie Izby zarzut potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym.

Z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp nie wynika zakaz wielokrotnego wzywania do wyjaśnienia treści dokumentów. Wydaje się, że – podobnie jak ma to miejsce w przypadku wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – uprawnione jest wielokrotne wzywanie do złożenia wyjaśnień, chociażby w sytuacji, w której kolejne wezwanie dotyczy okoliczności innych niż poprzednie wezwanie, bądź gdy poprzednie wezwanie było nieprecyzyjne, czy przekazane w odpowiedzi na nie informacje wzbudziły dalsze wątpliwości zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, że z uwagi na konieczność poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wykluczyć należy możliwość dwukrotnego wzywania o wyjaśnienie tych samych okoliczności. W warunkach precyzyjnego, niebudzącego wątpliwości wezwania udzielone w odpowiedzi na nie wyjaśnienia powinny rozstrzygać wątpliwości odnośnie treści dokumentów.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, w ocenie składu orzekającego, wystosował precyzyjne wezwanie, na które otrzymał konkretną odpowiedź (*vide* pismo Wykonawcy ZZOK z dnia 3 sierpnia 2015 r.). *Ergo*, kolejne wezwanie do wyjaśnienia wyżej wskazanych okoliczności było nieuzasadnione, jako że naruszało przepis art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Wniosek ów jest tym bardziej zasadny, że w odpowiedzi na tak samo zadane pytania Odwołujący udzielił niemal identycznych odpowiedzi.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że zarzut potwierdził się, jednak nie mógł stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na brak istotnego wpływu stwierzonego naruszenia na wynik Postępowania (por. art. 192 ust. 2 Pzp). Nie sposób nie zauważyć, że okoliczności, do wyjaśnienia których Wykonawca ZZOK został ponownie wezwany, nie były kwestionowane w odwołaniu, wobec czego uznać należało, że również zdaniem Odwołującego, dokonana w tym zakresie przez Zamawiającego ocena sytuacji podmiotowej Wykonawcy ZZOK była prawidłowa.

#### **Ad 5**

Izba ustaliła, że Wykonawca ZZOK jest spółką komunalną powołaną przez Celowy Związek Gmin „Proekob”, do którego należy również Zamawiający, a ponadto że Kierownik Zamawiającego jest członkiem zarządu ww. organizacji.

Przytoczone powyżej twierdzenia okazały się, zdaniem składu orzekającego, niewystarczające do udowodnienia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający trafnie argumentował, że wzmiankowana regulacja odnosi się do

stosunków mających charakter ocenny, przy czym, zdaniem Izby, nie jest wystarczające samo wskazanie na istnienie jakiegokolwiek stosunku prawnego lub faktycznego, ale wykazanie, że istnienie określonych powiązań może oddziaływać na przebieg i wynik Postępowania.

W ocenie składu orzekającego sam fakt zasiadania przez Kierownika Zamawiającego w organie podmiotu, który powołał do życia jednego z wykonawców nie przemawia za koniecznością wyłączenia go z Postępowania. Powyższe co najwyżej świadczyć może o istnieniu jakiegoś stosunku, który hipotetycznie może być objęty dyspozycją przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, bez wskazania na uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osoby, które takiemu powiązaniu muszą towarzyszyć.

W powyższym zakresie Odwołujący nie wykazał, aby związek celowy wywierał jakikolwiek wpływ na działalność Wykonawcy ZZOK, który – będąc spółką prawa handlowego – posiada własny zarząd, czyli organ prowadzący jego sprawy i reprezentujący spółkę. Ponadto nie przedstawił argumentów przemawiających za przyjęciem wniosku, że wpływ na działalność zarządu spółki wywiera zarząd związku celowego.

#### **Ad 6**

W okolicznościach stanu faktycznego opisanych w Ad 5 Odwołujący stwierdził, że popełniony został czyn nieuczciwej konkurencji w postaci nielegalnego porozumienia ograniczającego konkurencję, w jakim mieli pozostawać Zamawiający i Wykonawca ZZOK, polegającego na uzgadnianiu warunków złożonej przez Wykonawcę ZZOK oferty, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Rację miał wprawdzie Odwołujący stwierdzając, że przedstawienie bezpośredniego dowodu na istnienie zмовы przetargowej jest niezwykle trudne, jeżeli nie niemożliwe, niemniej jednak zarzut ów musi opierać się przynajmniej na poszlakach (przesłankach przemawiających za określoną interpretacją danego zjawiska), a nie są nimi – zdaniem Izby – twierdzenia o określonych powiązaniach (niemających wszak charakteru bezpośredniego) pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą ZZOK. Te bowiem rozpatrzone mogły być w ramach oceny, czy doszło do naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Nawiązując do powyższej konstatacji skład orzekający doszedł do przekonania, że Odwołujący nie wskazał w istocie jakie elementy oferty Wykonawcy ZZOK objęte były niedozwolonymi uzgodnieniami i na czym miałyby one polegać, ograniczając się w tym zakresie do przytoczenia treści przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 Pzp i w konsekwencji czyniąc ten zarzut niemożliwym do uwzględnienia. Rolą Izby nie jest poszukiwanie okoliczności faktycznych mogących stanowić podstawę uwzględnienia jedynie zasygnalizowanego w odwołaniu zarzutu.

## **Ad 7**

Izba uznała, że wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z przyczyn wskazanych w Ad 1 niniejszego uzasadnienia, potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z Postępowania.

W odniesieniu natomiast do zarzutu naruszenia ww. przepisu z uwagi na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego skład orzekający stwierdził, że nie podlega on uwzględnieniu. Sytuacja taka prowadziłaby *de facto* do konieczności nakazania Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, które to żądanie uznano za zbyt daleko idące. Celem postępowania odwoławczego nie jest bowiem przesądzenie o konieczności wyboru danej oferty, czyli niejako wyręcznie zamawiającego w wykonywaniu czynności stanowiących jego domenę.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

### **Koszty postępowania odwoławczego**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....