

**Sygn. akt KIO 2395/15**

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mariusz Gontarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. K. w Olsztynie oraz P. L. prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Usług Komunalnych P. L. w Mrągowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę-Miasto Mrągowo w Mrągowie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie-Miastu Mrągowo w Mrągowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę-Miasto Mrągowo w Mrągowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. K. w Olsztynie oraz P. L. prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Usług Komunalnych P. L. w Mrągowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Gminy-Miasto Mrągowo w Mrągowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. K. w Olsztynie oraz P. L. prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Usług Komunalnych P. L. w Mrągowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2164 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 Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Mrągowo – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Mrągowo odbieranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych, w terminie od 1 stycznia 2017 do 31 grudnia 2017 roku. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 października 2016 r. pod numerem 2016/S 202-36115. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Remondis Olsztyn Sp. z o.o. sp.k. w Olszynie, P. L. prowadzący działalność pod firmą Zakład usług Komunalnych P. L. w Mrągowie wnieśli odwołanie 19 grudnia 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

„1) przeprowadzenia nieprawidłowego wezwania wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionej w ofercie oraz wadliwej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele. Czynności zarzucam naruszenie art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 PZP, gdyż w istocie oferta nie zawiera wszystkich wskazanych w SIWZ składników kalkulacji ceny, usługa nie może być wykonana w sposób prawidłowy po kosztach wskazanych przez PPHU EKO s.c. . i Współwłaściciele w formularzu ofertowym oraz w wyjaśnieniach, które to naruszenie skutkować powinno wykluczeniem wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele zgodnie z art. 90 ust. 3 PZP, gdyż wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców ocenione powinny zostać przez Zamawiającego jako zawierające rażąco niską cenę, z uwagi na nieprawidłowe złożenie wyjaśnień dotyczących wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia (brak kalkulacji zagospodarowania odpadów zielonych), co przejawia się w nieprawidłowym uwzględnieniu wyjaśnień wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele przez Zamawiającego,

2) zaniechanie wezwania wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele do złożenia wyjaśnień. Czynności zarzucam naruszenie:

- art. 26 ust. 4 z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele do złożenia wyjaśnień dotyczących zaświadczeń wydanych przez Burmistrza Miasta Mrągowa, dotyczących uprawnień na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów (wpis do rejestru działalności regulowanej), które nie były zgodne z wymogami SIWZ jak również z oświadczeniem zawartym w formularzu JEDZ w dniu składania ofert,

3) zaniechanie wykluczenia wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele z postępowania. Czynności zarzucam naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 PZP i art. 26 ust. 1 PZP z uwagi na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdyż wykonawcy PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele nie spełniali warunków udziału w postępowaniu w zakresie wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego (wpis do rejestru działalności regulowanej), co wynikało ze złożonych przez nich zaświadczeń i mimo tego nie zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów jak również nie zostali wykluczeni z postępowania,

- art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 z powodu braku posiadania przez wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele, wymaganej w postępowaniu polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w kwocie określonej przez Zamawiającego w treści SIWZ,

- art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP i art. 84 ust. 1 PZP z powodu przedstawienia przez wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele informacji wprowadzających, Zamawiającego w błąd, który miał istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co skutkowało zmianą oferty złożonej przez wykonawców po upływie terminu składania ofert, co stanowi niedozwolone działanie wykonawców,

- art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22d ust. 1 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP i art. 22 ust. 2 pkt 3 PZP, z powodu braku wymaganej w SIWZ:

a) wiedzy i doświadczenia z uwagi na nieprzedłożenie referencji potwierdzających prawidłowe wykonanie świadczonych przez wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającego tj. niespełnienia przesłanek warunkujących udziału w postępowaniu na podstawie pkt VI.2.3.2. SIWZ polegających na odbiorze co najmniej 4000 Mg/rok zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej 100 Mg/rok odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie,

b) potencjału technicznego z uwagi na brak wymaganej dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu pojazdów określonego rodzaju w ilości niezbędnej do prawidłowego

wykonania przedmiotu zamówienia (umowa użyczenia) oraz brak wyposażenia pojazdów w wymagane przez zamawiającego systemy monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego (GPS)

4) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele. Czynności zarzucam naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 PZP z uwagi na rażąco niską cenę przedstawioną przez wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w złożonej ofercie, gdyż w istocie z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawców wszystkich składników zamówienia wpływających na oferowaną cenę, ofertę uznać należy za zawierającą rażąco niską cenę i tym samym stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP z uwagi na złożenie oferty nie odpowiadającej warunkom wskazanym w SIWZ i podlegającej odrzuceniu, z uwagi na brak uprawnień do wykonywania działalności określonej w przedmiocie postępowania tj. braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie objętym wymogami SIWZ,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z uwagi na niezgodność złożonej oferty z SIWZ w zakresie usługi odbioru i transportu odpadów zielonych i odpadów komunalnych gromadzonych selektywnie, w sytuacji, gdy w rzeczywistości postępowanie objęte jest również zagospodarowaniem wskazanych powyżej rodzajów odpadów, a nie jedynie odbiorem i transportem, co nie zostało uwzględnione w ofercie wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele.”

Odwołujący wniósł o unieważnienie oceny i wyboru ofert, nakazanie ponownej oceny i wyboru ofert, nakazanie wykluczenia wykonawców PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele z postępowania, nakazanie odrzucenia oferty PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele z postępowania.

Wykonawca PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała zgłoszone przystąpienie za bezskuteczne, gdyż oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia w wymaganej przez art. 185 ust. 2 Pzp formie pisemnej wpłynęło do zamawiającego po upływie 3 dniowego terminu przewidzianego ustawą na zgłoszenie przystąpienia. Niezbędne wymogi formalne stawiane przed wykonawcą zainteresowanym udziałem w postępowaniu odwoławczym powinny być spełnione łącznie, zatem zgłoszenie przystąpienia w terminie przewidzianym na dokonanie tej czynności, jednak bez zachowania wymaganej formy, nie odpowiada prawu.

Terminy w postępowaniu odwoławczym mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu. Wobec przesłania przez zamawiającego informacji o wniesieniu odwołania 20 grudnia 2016 r. wykonawca, który zgłosił przystąpienie za pośrednictwem poczty elektronicznej 23 grudnia 2016 r., a następnie w formie pisemnej 29 grudnia 2016 r., nie może uzyskać statusu przystępującego.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący, który złożył ofertę z ceną wyższą niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z przywołanego przepisu powinny być rozważane w związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Czynnością kwestionowaną badanym odwołaniem nie jest unieważnienie postępowania z powodu braku środków, lecz wybór najkorzystniejszej oferty, z tego powodu, że powinna być ona odrzucona przez zamawiającego, a wykonawca, który tę ofertę złożył, podlega wykluczeniu, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej do kwestionowanej czynności.

Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Nie bez znaczenia jest, że w sytuacji wyboru oferty, której cena jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zamawiający, może zwiększyć tę kwotę i nie unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C-100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowe pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w

postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej.

Omawiana wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp jest prezentowana w orzecznictwie Izby (wyrok z 5 września 2016 r. wydany w sprawie KIO 1556/16 oraz z 22 listopada 2016 r. wydany w sprawie KIO 2099/16 niepubl.).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Oferta PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele zawierała cenę 1.488.390,00 zł brutto, oferta odwołującego 1.948.140,72 zł. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.800.000,00 złotych brutto. Zamawiający pismem z 21 listopada 2016. r. wezwał PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w tym m.in. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie ceny jednostkowej dotyczącej odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zielonych gromadzonych na nieruchomościach w sposób selektywny. Żądał wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca zamierza zagospodarować te odpady, czy ma jakieś sprzyjające warunki dotyczące wykonania tej części zamówienia. W odpowiedzi z 23 listopada wykonawca wyjaśnił, że cena jednostkowa dotycząca odpadów zielonych gromadzonych na nieruchomościach w sposób selektywny dotyczy tylko zbiórki i transportu. 25 listopada 2016 r. zamawiający poinformował PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele o najwyższej ocenie przyznanej jego ofercie i wezwał do złożenia stosownych dokumentów wskazanych w SIWZ w dziale VIII ust. 3, w terminie 10 dni, a następnie po wyjaśnieniach tych dokumentów wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą.

Nie jest sporne między stronami, że zgodnie z wymaganiami SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje zagospodarowanie odpadów zielonych, którego koszt poniesie wykonawca.

Izba zważyła, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu z naruszeniem przepisów ustawy.

Wykonawca ten w sposób precyzyjny został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementu oferty mających wpływ na jej cenę, czyli kosztu zagospodarowania odpadów zielonych. Jasne przyznanie w odpowiedzi, że koszt ten został pominięty w cenie oferty, powinien przynieść skutek w postaci negatywnej oceny tych wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do udzielenia odpowiedzi na wyjaśnienia elementów składowych ceny oferty jest bowiem nie tylko samo złożenie wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i szczegółowych. Innymi słowy, o wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp nie przesądza sam fakt złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień

adekwatnych do wezwania, przekonujących, że za cenę oferty możliwe będzie należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powinnością zamawiającego jest z kolei ocena uzyskanych wyjaśnień według ich treści, czyli takich jakie zostały udzielone. W badanym postępowaniu zamawiający tymczasem nie dokonał takiej oceny, i wbrew literalnemu brzmieniu wyjaśnień PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu domniemywał, że cena oferty została obliczona prawidłowo.

Nie podzielono poglądu zamawiającego, że różnica między cenami oferty PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu i odwołującego uzasadnia oczekiwanie prawidłowego wykonania zamówienia. Każdy z wykonawców prowadzi działalność gospodarczą w indywidualnych warunkach organizacyjnych, handlowych i ekonomicznych, co odzwierciedlają różnice w cenach ofert. Zakładanie a priori poprawności wykonania zamówienia jedynie na podstawie arytmetycznego porównania cen ofert w sytuacji, gdy uzyskanie wyjaśnienia potwierdza fakt pominięcia ceny części świadczenia nie zasługuje na ochronę.

Nie podzielono też poglądu zamawiającego, jakoby koszt zagospodarowania odpadów zielonych miał marginalne znaczenie w stosunku do ceny oferty. Twierdzenie to jest niewiarygodne w świetle wyjaśnień treści SIWZ udzielonych przez zamawiającego pismem z 4 listopada 2016 r. Wynika z nich, że w roku 2016 przy ilości odpadów 6600 Mg odebrano 400 Mg odpadów zielonych oraz, że w okresie styczeń – wrzesień nastąpił wzrost ilości odebranych odpadów o 16.5 %, z czego 73 % pochodziło z selektywnej zbiórki. Ponadto, gdyby element ten nie miał znaczenia dla ceny całej oferty, zamawiający nie wyjaśniałby tego. Wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp 30% obligujący zamawiającego do uzyskania wyjaśnień nie został przekroczony i przyczyną żądania wyjaśnień były jedynie wątpliwości zamawiającego.

PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu przyznał, że pominął przy wycenie koszt zagospodarowania odpadów zielonych i nie wskazał, że pomimo tego jest w stanie ponieść ten koszt w ramach złożonej oferty. Wbrew żądaniu zamawiającego wykonawca nie podał korzystnych warunków wykonania zamówienia, ani sposobu zagospodarowania odpadów zielonych, zatem na wyjaśnien z 23 listopada 2016 r. należy uznać, że koszt zagospodarowania odpadów zielonych został pominięty w cenie oferty.

PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu przy udzielaniu wyjaśnień nie wykazał należytej staranności oczekiwanej od uczestnika rynku zamówień publicznych.

„Należyta staranność wymagana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności, uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej



działalności gospodarczej (wyrok Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1993 r. w sprawie III CRN 77/93, podobnie w Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku 26 marca 2006 r. w sprawie I ACa 1018/05))

Izba uznała, że przyznanie przez PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele w Biskupcu pominięcia kosztu zagospodarowania odpadów zielonych oznacza, że wyjaśnienie ceny oferty nie zostały udzielone, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. W myśl tego przepisu sam fakt niezłożenia wyjaśnień uzasadnia odrzucenie oferty. Czynności tej zamawiający zaniechał, czym dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania, co stało się podstawą uwzględnienia odwołania. Gdyby bowiem zamawiający odrzucił ofertę PPHU EKO s.c. Roman. i Współwłaściciele nie dokonałby wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami SIWZ.

W pkt VI.2.1.1. SIWZ zamawiający ustalił, że wykonawca musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Mrągowo w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zgodnie z zaświadczeniami o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na dzień składania ofert złożonym na wezwanie zamawiającego wynika, że PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele posiadała wpis do rejestru nie upoważniający do odbierania odpadów o kodach 15 01 06, 20 01 02, 20 01 32 i 20 01 99. Odpady te wykonawca będzie odbierał w związku z wykonywaniem umowy. Zaświadczenie o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów o wskazanych kodach wydane zostało przez Burmistrza Miasta Mrągowo w dniu 7 grudnia 2016 r. po upływie terminu składania ofert.

W zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zamawiający nie wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w odniesieniu do wszystkich odpadów, które będą odbierane w wykonaniu umowy. SIWZ nie wskazywała, że zamawiający oczekuje wskazania wszystkich kodów odpadów, a jedynie w sposób ogólny wskazywała, że zamawiający wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej. Taki wpis został złożony przez wybranego wykonawcę.

Nie znajduje uzasadnienia oczekiwanie wyrażone przez odwołującego, że zamawiający dokonana oceny zdolności podmiotowej wykonawcy, na podstawie wymagań, które nie

zostały wyrażone w SIWZ. Takie działanie nie znajduje oparcia w zasadach prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. W szczególności zasada przejrzystości oraz pozostająca z nią w ścisłym związku zasada równego traktowania wykonawców sprzeciwiają się temu, aby na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyklądać treść SIWZ szerzej niż wynika to z literalnego brzmienia tego dokumentu.

Kierując się tymi dyrektywami Izba uznała, że PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele prawidłowo oświadczył w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i potwierdził to w dokumentach, żądanych przez zamawiającego przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień i nie złożył zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd i mających znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego. W konsekwencji nie było potrzeby uzyskiwania wyjaśnień w tym zakresie.

W rozdz. VI SIWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU pkt.2.2.2” zamawiający określił wymóg posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 500.000,00 zł. PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele na potwierdzenie spełnienia tego warunku złożył dwie polisy:

- polisa nr 1007075037 wykupiona w PZU, opiewająca na sumę gwarancyjną wymaganą przez zamawiającego, dotyczy wyłącznie kontraktów na odbiór odpadów z gmin: Gmina Kolno Nr kontraktu GO.271.1.2015 oraz Gminą Dźwierzuty Nr kontraktu ZP-272/1/2016 co zostało określone w pkt. 15 polisy „Postanowienia dodatkowe”. Polisa ta nie obejmuje całego okresu wykonywania umowy;
- polisa nr 1015028856 wykupiona w PZU opiewa na sumę gwarancyjną dwukrotnie niższą niż wymagana przez zamawiającego tj. na kwotę 250.000,00 zł.

Żadna z polis nie obejmuje odbioru odpadów niebezpiecznych, które także objęte są przedmiotem zamówienia.

W zakresie spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia Izba zważyła, że użyte w SIWZ sformułowanie działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie oznacza wymagania, aby wykonawca już w toku postępowania o udzielenie zamówienia posiadał ubezpieczenie wykonania danego zamówienia w pełnym spektrum przedmiotowym i w całym okresie obowiązywania umowy. Warunek dotyczący ubezpieczenia dotyczy zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, zasadniczo ma na celu zbadanie zdolności wykonawcy do uzyskania ubezpieczenia w wysokości żądanej przez zamawiającego, a tym samym wiarygodności wykonawcy.

SIWZ nie precyzowała pojęcia działalności związanej z przedmiotem zamówienia, zatem pojęcie to powinno być wykładane szeroko. Izba nie miała wątpliwości, że polisy złożone

przez PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele dotyczą działalności związanej z przedmiotem zamówienia, czyli odbioru odpadów. To, że polisy dotyczą wykonania umów na rzecz innych zamawiających, a ich okres ważności jest krótszy niż udzielane w tym postępowaniu zamówienia publiczne nie ma znaczenia w świetle wymagań SIWZ oraz przepisów prawa.

Zamawiający pismem z 25 listopada 2016 r. wezwał PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele do złożenia wymaganych przez SIWZ w pkt VIII ust. 3 dokumentów w tym m.in. zawartych w pkt VIII ust. 3.3 wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami oraz zawartych w pkt VI ust. 2.3.3 tiret 3 udokumentowania wyposażenia pojazdów w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego (GPS) w odniesieniu do pojazdów wskazanych w pkt VI ust. 2.3.3. tiret 1. W wykonaniu zobowiązania wykonawca złożył w dniu 2 grudnia 2016 r. dokumenty w tym m.in. wykaz pojazdów wyposażonych w system GPS, które niezbędne są wraz z przedmiotowym wyposażeniem do świadczenia usługi w ramach zamówienia publicznego. Następnie zamawiający wezwał wykonawcę 5 grudnia 2016 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie załączonego wykazu pojazdów oraz oświadczenia dotyczącego ich wyposażenia jak również umowy na korzystanie z systemu GPS. Wykonawca PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele złożył wymaganą listę dokumentów wraz zaświadczeniem o obowiązywaniu umowy na obsługę systemu GPS wraz z aktualnym wykazem pojazdów objętych systemem dokumenty datowane na dzień 7 grudnia 2016 r.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że złożenie umowy nie było obowiązkiem wykonawcy ustalonym w SIWZ. Zamawiający był uprawniony do zbadania złożonej umowy i wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Oczywistym jest, że uzyskane wyjaśnienia i ewentualne dowody będą nosić datę przypadającą po upływie terminu ofert. Doprecyzowanie informacji dotyczących zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia ma charakter podmiotowy i nie może być oceniany przedmiotowo, jako zmiana treści oferty.

Izba nie jest też podmiotem do oceny ważności złożonej umowy użyczenia, co do której brak jest podstaw do uznania, że została wypowiedziana przez strony, ani też strony nie kwestionują jej ważności.

Za niepotwierdzony Izba uznała również zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia wykonawcy. W aktach sprawy znajdują się bowiem dokumenty potwierdzające, że PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele należycie wykonał umowy wskazane w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Oferta PPHU EKO s.c. R. i Współwłaściciele jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Pominięcie w cenie oferty kosztu zagospodarowania odpadów ma znaczenie dla oceny rzetelności ceny oferty. Formularz ofertowy nie daje podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten nie zamierza zagospodarować odebranych odpadów. Izba uznała, że usługa ta została zaoferowana, a jej koszt został pominięty w toku ustalania ceny oferty, co nie oznacza naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....