

WYROK

z dnia 28 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015 r. przez wykonawcę: **AVR Sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93, 31-031 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu, Podegrodzie 248, 33-386 Podegrodzie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., os. Rzeka 133, 33-451 Tylmanowa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gmina Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu:

1.1 unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., os. Rzeka 133, 33-451 Tylmanowa,

1.2 powtórzenie czynności badania ofert: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., os. Rzeka 133, 33-451 Tylmanowa oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5A, 30-731 Kraków, Oddział w Nowym Sączu, ul. Jana Pawła II 37, 33-300 Nowy Sącz

z zastosowaniem trybu wyjaśnienia cen ofert, określonego w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

1.3 powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu;

2. nie uwzględnia pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., os. Rzeką 133, 33-451 Tylmanowa, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: AVR Sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93, 31-031 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., os. Rzeką 133, 33-451 Tylmanowa na rzecz wykonawcy: AVR Sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93, 31-031 Kraków 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 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016-2018”, znak sprawy: ZGK-ZP.271.1.9.2015, o wartości większej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 września 2015 r., nr 2015/S 172-313122.

Odwołujący - wykonawca AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej, pomimo że naruszono przepisy ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących ceny ich oferty w sytuacji, gdy zaistniały ustawowe przesłanki ku temu;
- 4) zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum - spółki NOVA Sp. z o.o.;
- 5) zaniechaniu wezwania wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w sytuacji, gdy zaistniały ustawowe przesłanki ku temu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., tj. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, który zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum NOVA Sp. z o.o.;
- 3) art. 90 ust. 1 przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny przedłożonych przez nich ofert w sytuacji, gdy ceny obu ofert przekroczyły próg 30% w stosunku do wartości zamówienia;
z ostrożności procesowej;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o.;
 - 2) powtórzenia czynności oceny złożonych ofert;
 - 3) wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny przedłożonych przez nich ofert;
 - 4) wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum - NOVA Sp. z o.o.;
- z ostrożności procesowej:
- 5) odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z uwagi na

okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie odwołania.

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymanego w dniu 01.12.2015 r. odwołujący powziął wiadomość, że jego oferta znajduje się na trzeciej pozycji rankingu ofert. W związku z tym odwołujący uznał, że posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zaniechania i czynności zamawiającego doprowadziły do tego, że oferta odwołującego została sklasyfikowana za ofertą złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu. Odwołujący stwierdził, że po jego stronie może powstać szkoda, gdyż czynności prawidłowo wykonane przez zamawiającego mogły doprowadzić do wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wskazał wyrok KIO 1757/13 oraz doktrynę - Prawo zamówień publicznych, Komentarz - Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

W pierwszej kolejności odwołujący uzasadnił zarzut wspólny postawiony wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, by następnie odnieść się tylko do zarzutów wobec konsorcjum.

I. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek badania ceny oferty wówczas, gdy: *„cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.”* - Prawo zamówień publicznych, Komentarz - Bazan A., Nowicki J.E., Wolters Kluwer 2015. Podobne stanowisko prezentuje Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. *„Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Stanowisko prezentowane wyżej odzwierciedla także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 stycznia 2015 r. (KIO 2766/14). Jeśli więc jedna z przywoływanych przesłanek ziści się i zostanie przekroczony próg 30%, tj. gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Na taką interpretację przywoływanej regulacji wskazuje m.in. jej literalne

brzmienie, w którym użyto alternatywy w postaci spójnika „lub” nakazując tym samym zastosowanie art. 90 ust. 1, zarówno przy łącznym spełnieniu obu przesłanek, jak również w przypadku wystąpienia tylko jednej z nich.

Zamawiający uwzględnił (z badał) jedną tylko z przewidzianych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, ustalając, że oferty złożone przez konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz oferta SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu nie przekraczają progu 30% w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Potwierdza to wyliczenie przygotowane przez zamawiającego - znajdujące się w dokumentacji przetargowej, które odwołujący załączył do odwołania w formie fotokopii.

Zamawiający miał także obowiązek zbadać - czego nie uczynił - czy stosunek cen złożonych ofert nie przekracza 30% w stosunku wartości zamówienia (wartości szacunkowej + VAT). Wartość szacunkowa usługi objętej zamówieniem obliczona przez zamawiającego wynosi 3.318.057,46 złotych netto. Okoliczność tę potwierdza dokument przygotowany przez zamawiającego, znajdujący się w aktach sprawy pt. *„Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na lata 2016-2018.”* Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się, że w przypadku omawianej przesłanki konieczne jest - dla porównania ceny oferty (wyrażonej z uwzględnieniem podatku VAT) z wartością szacunkową (wyrażoną w kwocie netto) - powiększenie tej ostatniej o podatek VAT - wyroki: z dnia 27 marca 2015 r., KIO 500/15; z dnia 9 lutego 2015 r., KIO 165/15. Z ostatniego z przywołanych orzeczeń wynika ponadto, że ocenie poddaje się wartość szacunkową nie uwzględniając jednak wartości zamówień uzupełniających. Tym samym w omawianym stanie faktycznym wartością stanowiącą punkt odniesienia dla porównania z cenami ofert przedłożonych przez konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, jest kwota netto 3.318.057,46 zł powiększona o podatek VAT w stawce 8%, tj. łącznie 3.583.502,06 zł brutto.

W postępowaniu wykonawcy złożyli następujące oferty: 1) konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. opiewającą na kwotę 2.015.267,04 zł brutto (niższą o 43,8% od wartości zamówienia), 2) SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu na łączną kwotę 2.118.415,68 zł brutto (niższą o 41,8% od wartości zamówienia) oraz AVR Sp. z o.o. z kwotą 2.517.091,20 złotych brutto (niższą o 29,76% od wartości zamówienia). Powyższe wskazuje, że nie wzywając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, zamawiający w sposób oczywisty naruszył przywołaną normę, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, która w sytuacji przekroczenia bariery 30% w przypadku którejkolwiek z wymienionych przesłanek nie

pozostawia zamawiającemu wyboru, obligując go do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Konsekwencją zaniechania zamawiającego jest także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez nieodrzućenie oferty wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do brzmienia art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, czyniąc to najczęściej w formule konsorcjum. Celem wprowadzenia przywołanej regulacji do ustawy Pzp było umożliwienie wykonawcom złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie z innym podmiotem w sytuacji, gdy każdy z nich - z osobna - z uwagi na nie spełnienie warunków pozytywnych nie mógłby tego uczynić. Podobne stanowisko prezentuje również doktryna - Prawo zamówień publicznych, Komentarz - Bazan A., Nowicki J.E., Wolters Kluwer 2015. Tym samym wspólne ubieganie się o udzielenie o zamówienie publicznego, co do zasady, uzasadnione jest wówczas, gdy każdy z członków konsorcjum nie mógłby uczestniczyć w postępowaniu samodzielnie.

Odwołujący uznał, że należy ocenić zawiązanie konsorcjum i złożenie wspólnej oferty przez podmioty, które w postępowaniu mogłyby uczestniczyć samodzielnie, gdyż wszystkie warunki pozytywne spełniają odrębnie. Wskazał monografię Małgorzaty Sieradzkiej *„Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji”* Rozdział II § 2 pkt V pkt 1 *„Konkurencyjny czy antykonkurencyjny cel tworzenia konsorcjum przetargowego”* (Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2015).

Podniósł, że pierwszym czynnikiem, który należy poddać badaniu celem ustalenia czy konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. ma charakter antykonkurencyjny jest ustalenie, czy podmioty tworzące konsorcjum mogły występować w postępowaniu oddzielnie. Uznał, że NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. mogły złożyć odrębne oferty konkurując ze sobą wzajemnie. Celem udowodnienia powyższego twierdzenia, odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że podmioty te we wspólnej ofercie przedłożyły zdublowane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków wskazanych w Rozdziale V: 1) oba podmioty wykazały się wymaganym przez zamawiającego wpisem do rejestru działalności regulowanej Gminy Podegrodzie (str. 7-12 oferty) - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.1 (lit. a-d); 2) oba podmioty tworzące konsorcjum przedłożyły wpisy dokonane stosownie do art. 8 ust. 4 ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym

i elektronicznym (str. 13-14 oferty) - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.1 (lit. a-d); 3) obaj konsorcjanci przedłożyli decyzje na transport odpadów (str. 15-34 oferty) - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.1 (lit. a-d); 4) konsorcjanci przedłożyli dwa wykazy wykonanych usług - załącznik nr 4 do SIWZ - (str. 110-114) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie usług - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.2; 5) oba podmioty tworzące konsorcjum przedłożyły dwa wykazy narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń - wykazując m.in., że dysponują łącznie 3 bazami spełniającymi wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r., a będącymi jednocześnie RIPOK-iem (Nova sp. z o.o.) i instalacją zastępczą dla RIPOK-u (PUK „EMPOL” Sp. z o.o.) dla regionu sądecko-gorlickiego (str. 115-129 oferty) - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.3; 6) dwie Polisy OC PZU S.A. wystawione odrębnie dla każdego z konsorcjantów (str. 130-141 oferty) - warunek określony w Rozdziale 5 SIWZ ppkt 5.1.4,

W ocenie odwołującego, powyższe potwierdza - również przez charakterystyczny sposób przedłożenia dokumentów - osobno dla każdego z podmiotów (konsorcjantów), że każdy z wykonawców tworzących owo konsorcjum mógł samodzielnie spełnić warunki zawarte w Rozdziale V SIWZ ppkt 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, a tym samym samodzielnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo, stosownie do Uchwały Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. w sprawie zmiany Uchwały Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „*Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego*”, NOVA Sp. z o.o., czyli lider konsorcjum, uzyskała status regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w regionie sądecko-gorlickim, natomiast instalacjami przewidzianymi do zastępczej obsługi regionu do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja (RIPOK) uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn, są należące do PUK „EMPOL” Sp. z o.o. - Sortownia zmieszanych odpadów komunalnych w Gorlicach, ul. Chopina oraz Zakład Zagospodarowania Odpadów w Tylmanowej, Osiedle Rzeka 419.

Odwołujący podniósł, że następną przesłanką, jest kwestia posiadania przez członków konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. znacznego udziału w rynku właściwym, postrzeganym w ujęciu geograficznym. Wstępna analiza rynku odbioru odpadów komunalnych w okolicach Nowego Sącza i gminach ościennych wskazuje, że do niedawna kluczową rolę odgrywały w omawianym regionie tylko trzy firmy tj. NOVA Sp. z o.o., PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu występujące

w przetargach osobno lub w formie konsorcjum.

Odwołujący wskazał wyniki postępowań na odbiór odpadów w samym Nowym Sączu i Gorlicach, czyli dwóch największych miastach regionu sądecko-gorlickiego oraz gmin bezpośrednio sąsiadujących z Nowym Sączem. Wynika z nich, że zarówno NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. posiadają możliwość samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, bowiem czyniły to wielokrotnie w gminach większych (przykładowo w ostatnich dwóch latach PUK „EMPOL” - Gorlice (2015), Stary Sącz (2014) oraz NOVA Sp. z o.o. - Chełmiec (2016), Nawojowa (2014) Korzenna) oraz, za wyjątkiem odwołującego, (który na terenie tym rozpoczął działalność w roku 2012), nie ma realnej konkurencji dla NOVA Sp. z o.o., PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, co skutkowało dotychczas składaniem wysokich ofert na odbiór odpadów komunalnych na omawianym terenie, niejednokrotnie przewyższających kwoty, które zamawiający „zabezpieczyli” w swych budżetach. Odwołujący wskazał *„Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji”* - M. Sieradzka, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2015. Przez fakt skumulowania w ramach konsorcjum zarówno RIPOK-u jak i instalacji zastępczej, doszło do uzyskania przez podmioty tworzące konsorcjum przewagi cenowej, która uwidoczniła się w skrajnym zaniżeniu ceny oferty poniżej wartości wskazanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, po to właśnie by rynek utrzymać lub ograniczyć konkurencję na nim. Ukształtowane tak konsorcjum wyklucza istotny z punktu widzenia zamówień publicznych element konkurencyjności, o którym wspomniała Izba w orzeczeniu o sygn. KIO 813/14.

Reasumując odwołujący uznał, że konsorcjum NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. nie miało na celu spełnienia funkcji, dla której konsorcja powstają, tj. połączenia potencjałów wykonawców, którzy samodzielnie nie mogą uczestniczyć w postępowaniu. Konsorcjum zgrupowało dwa podmioty, które z uwagi na zarządzanie RIPOK-ami w sposób znaczący mogą wpływać na swoją cenę (przez obniżenie), ale i cenę ofert konkurencji w zakresie świadczenia usługi odbioru odpadów z rejonu sądecko-gorlickiego. Dowodem na taką możliwość jest podniesienie ceny odbioru odpadów zmieszanych od przedsiębiorców świadczących tego typu usługi - na wniosek RIPOK-u NOVA Sp. z o.o. - bezpośrednio przed przetargiem w Nowym Sączu (dowód). Podmioty, które stworzyły konsorcjum posiadają kluczowy udział w lokalnym rynku, co ma znaczenie z punktu widzenia oceny postawionego zarzutu.

III. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego jego zastosowania i wezwania konsorcjum NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

Odwołujący, za orzeczeniem KIO, wskazał charakter przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp - wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r., KIO 595/11.

Podniósł: z treści załączonego do oferty pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum - spółki NOVA Sp. z o.o. wynika, że została ona umocowana do jedynie „przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym (...)”. Tymczasem lider konsorcjum - spółka Nova Sp. z o.o., przez członków swojego zarządu Piotra Leszka Piotrowskiego i Ewę Pancerz, podpisała ofertę, do czego - w ocenie AVR Sp z o.o. - nie była umocowana przez partnera konsorcjum PUK „EMPOL” Sp. z o.o. W ocenie odwołującego nie sposób utożsamiać dwóch odmiennych od siebie czynności, tj. „podpisania oferty” przez osoby umocowane ze strony lidera konsorcjum oraz jej „złożenia”. O ile pierwsza z czynności wyraźnie nawiązuje do art. 78 k.c., który to artykuł wspomina o „własnoręcznym podpisie”, o tyle druga z nich związana jest z czynnością techniczną „przedłożenia”, „złożenia” oferty *sensu largo* zamawiającemu. Powyższy wywód odwołującego potwierdza chociażby definicja słowa „złożyć” zawarta w słowniku języka polskiego wedle której oznacza ono: „1. zgiąć, 2. złączyć w całość, zestawić, zmontować, 3. położyć gdzieś, 4. ofiarować, 5. druk, zestawić czcionki i justunek w wyrazy i wiersze, 6. złożyć się: a) zostać złożonym, b) dać pieniądze na składkę, c) ułożyć ciało, np. do oddania strzału”

(<http://sjp.pl/z%C5%82o%C5%BCy%C4%87>).

Stwierdził, że trudno tym samym uznać by którekolwiek ze znaczeń słowa „złożyć”, a przywołanych powyżej odnosiło się do czynności podpisania oferty. Sam zamawiający w Rozdziale 10 SIWZ zatytułowanym „Sposób przygotowania oferty” wyraźnie odróżnia czynność „złożenia oferty” od jej „podpisania”. I tak np. w pkt 10.1 wspomina się, że „Każdy Wykonawca (lub podmioty występujące wspólnie) może złożyć tylko jedną ofertę (...)” ,nadając tej czynności ewidentnie techniczny charakter. Podobne zastosowanie dla zwrotu „złożyć” zawiera pkt 10.3 tegoż rozdziału SIWZ „Wszystkie dokumenty sporządzone i złożone w języku obcym muszą być złożone wraz z ich tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę”. Podobny charakter terminowi „złożyć” nadał także sam ustawodawca, przez dopuszczenie możliwości złożenia tylko jednej oferty w postępowaniu („Art. 82. 1. Wykonawca może złożyć jedną ofertę”). Oczywistym jest więc, że zarówno w przypadku przywoływanych opisów SIWZ jak i art. 82 ustawy Pzp, nie chodzi o „podpisanie” oferty tylko jej „złożenie”, złożenie fizyczne. Jednocześnie w tym samym Rozdziale 10 SIWZ pkt 10.7 i 10.8 podano, że: „Oferta musi być c) podpisana przez osobę lub osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy lub osobę, albo osoby do tego upoważnione przez Wykonawcę” oraz „Oferta, wszystkie dokumenty i oświadczenia stanowiące część składową oferty muszą być podpisane lub poświadczane

przez osobę lub osoby uprawnione do występowania w imieniu Wykonawcy z zastrzeżeniem pkt 10.9 i 10.10.” Wydaje się więc oczywiste, że również dla zamawiającego czynność „złożenia oferty” i „podpisania oferty”, to czynności o zupełnie innym charakterze. Skoro brak jest umocowania do dokonania takiej czynności w treści pełnomocnictwa, nie można interpretować jego opisów z zastosowaniem wykładni rozszerzającej i nadawać im innego od pierwotnego znaczenia. Z uwagi na kwestie podniesione wyżej, odwołujący wskazał wyrok KIO 2787/14.

Konsekwencją podniesionych wcześniej zarzutów jest zarzut polegający na naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zamawiający dopuścił się zaniechań polegających na nie zastosowaniu instytucji wskazanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, braku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, a także nie odrzuceniem jej z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 15 grudnia 2015 r.), w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym i nieobciążanie zamawiającego kosztami postępowania. Stanowisko swoje uzasadnił następująco.

„Zamawiający przeprowadzając postępowanie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie dokonał analizy stosunku ceny każdej z ofert złożonych w postępowaniu do wartości zamówienia. Z uwagi na fakt, że stosunek cen dwóch ofert złożonych przez: Konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK Empol Sp. z o.o. a także przez SITA Małopolska Sp. z o.o. przekracza 30% w stosunku do wartości zamówienia, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien zwrócić się do w/w Wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla

wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W związku z powyższym konieczne stało się uwzględnienie zarzutów odwołania.”

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej (**przystępujący**) - zgłosili sprzeciw wobec czynności zamawiającego - uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W piśmie procesowym z dnia 18 grudnia 2015 r. złożonym na rozprawie, wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stanowisko jak niżej.

Ad I uzasadnienia odwołania. Odnosząc się do części I uzasadnienia odwołania, tj. argumentacji dotyczącej zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący wskazał, że zarzut ten nie ma wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący stwierdził: nie neguje przedstawionych przez odwołującego wyliczeń wartości procentowych poszczególnych cen ofertowych w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia podwyższoną o podatek VAT, jednak w ocenie przystępującego, uwzględnienie tego zarzutu nie wpłynie na ostateczny wynik postępowania, ze względu na fakt, że oferta przystępującego nadal pozostaje najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący, wbrew brzmieniu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, nie wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co oznacza, że zarzut jest niepełny. Tak więc, cena zaproponowana w ofercie nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego, zaś pozostałe ceny ofertowe wskazane przez wykonawców, potwierdzają, że są to ceny rynkowe, właściwe dla branży odbioru i zagospodarowania odpadów. Na marginesie przystępujący zauważył, że cena odwołującego odbiega o 29,76% od szacunkowej wartości zamówienia, zatem jest minimalnie wyższa od ceny, którą można uznać za rażąco zaniżoną, zgodnie z regułami wyrażonymi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, przystępujący stoi na stanowisku, że wezwanie do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, bowiem status oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zostanie utrzymany. Tym samym, podniesiony zarzut nie doprowadzi do odrzucenia oferty przystępującego, co stanowiłoby jedyną sytuację, w której odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Zwłaszcza, że dalsze zarzuty podniesione w odwołaniu, w tym zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na czyn

nieuczciwej konkurencji również są bezzasadne, co uargumentuje przystępujący poniżej.

Przystępujący wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp: -wyrok z dnia 7 marca 2014 r., KIO 341/14; -wyrok z dnia 20 marca 2014 r., KIO 421/14.

Ad II uzasadnienia odwołania. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, że złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący większość swojej argumentacji wywodzi z faktu, że przystępujący tworzy konsorcjum dwóch firm, przy czym każda z nich jest w stanie samodzielnie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, odwołujący wysuwa wniosek, że konsorcjum stworzone przez przystępujących, stanowi porozumienie o charakterze antykonkurencyjnym, świadczącym o dokonywaniu niedozwolonego podziału rynku.

Przystępujący nie zgodził się z twierdzeniami odwołującego. Zanim przedstawił kontrargumentację, zwrócił uwagę, że odwołujący nie dopełnił obowiązku dowodowego, zgodnie z brzmieniem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego. Wskazał, że zarzut dokonania czynu nieuczciwej konkurencji winien być należycie udowodniony przez odwołującego, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: -wyrok z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO 2672/11; -wyrok z dnia 27 kwietnia 2015, KIO 761/15, KIO 764/15; -wyrok z dnia 19 czerwca 2015, KIO 1227/15.

Z powyższych orzeczeń wynika, że odwołujący zarzucając zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, o której mowa art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, winien udowodnić występowanie czynu nieuczciwej konkurencji. Również sam zamawiający odrzucając na podstawie wspomnianego przepisu ofertę wykonawcy, winien być przeświadczony o popełnionym przez tego wykonawcę czynie nieuczciwej konkurencji oraz powinien dysponować odpowiednimi dowodami potwierdzającymi tę okoliczność.

Tymczasem odwołujący przedstawił jedynie twierdzenia nieoparte żadnymi dowodami. W odwołaniu zostały obszernie zacytowane fragmenty komentarzy do ustawy Pzp, orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej bądź publikacje dotyczące zmów przetargowych, jednak brak jest wskazania konkretnych okoliczności oraz dowodów, które mogłyby potwierdzić popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez odwołującego, jakoby złożenie oferty w postępowaniu w ramach konsorcjum firm stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, przystępujący wskazał, że sam fakt samodzielnego spełnienia przez konsorcjantów

warunków udziału w postępowaniu nie świadczy automatycznie o antykonkurencyjnym charakterze umowy konsorcjum. Być może w latach poprzednich, UOKiK oraz Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznawali tego typu konsorcja za naruszające uczciwą konkurencję, jednak obecna linia orzecznicza odeszła od tak uproszczonej oceny stanu faktycznego.

Potwierdza to m.in. wyrok SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13, w którym Sąd rozstrzygnął, że nawet w sytuacji, gdy konsorcjum tworzą wykonawcy mogący wziąć udział w postępowaniu samodzielnie, nie można uznać, że działanie polegające na wspólnym uczestniczeniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom odwołującego, art. 23 ust. 1 ustawy Pzp nie mówi o możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia tylko w przypadku konieczności połączenia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wspomniany przepis dopuszcza udział konsorcjów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego również z wielu innych przyczyn, które nie zostały enumeratywnie wymienione w przepisie. Złożenie oferty w ramach konsorcjum może wiązać się np. z oszczędnościami w realizacji zamówienia, usprawnieniem procesu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, podziałem prac, względami organizacyjnymi, technologicznymi, czy gospodarczymi. W takich przypadkach konsorcjum tworzone przez wykonawców spełniających samodzielnie warunki udziału w postępowaniu nie można uznać za niekonkurencyjne, co potwierdza m.in. glosa do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13 autorstwa Małgorzaty Sieradzkiej oraz publikacja UOKiK „Zmowy przetargowe.”

Przystępujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2014 r., KIO 2696/14. Odwołujący w tym wyroku, wskazywał, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ wziął udział w postępowaniu w formie konsorcjum w celu uniknięcia opodatkowania.

Pomimo, że wyrok dotyczy jedynie podobnego, nie zaś tożsamego stanu faktycznego, można z niego wywieść słuszny wniosek, że odwołujący, w przypadku stwierdzenia wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu, winien zawiadomić odpowiednie organy w celu ustalenia, czy rzeczywiście doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednocześnie, winien również należycie udowodnić dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę, jeżeli chce skutecznie podnosić zarzut zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad III uzasadnienia odwołania. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest niezasadny.

Po pierwsze, podobnie jak zarzut omówiony w pkt I, tj. dotyczący art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp, zarzut ten nie ma wpływu na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie doprowadzi on do odrzucenia oferty przystępującego.

Następnie zauważył, że niesłusznie odwołujący uznał, że sformułowanie „*Pełnomocnictwo upoważnia Pełnomocnika (...) w szczególności do przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych*” nie upoważniało lidera do podpisania oferty w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że zarówno czynność przygotowania oferty, jak i jej złożenia wymaga złożenia podpisu przez wykonawcę. W związku z powyższym, mając na uwadze postanowienie Rozdziału 10 pkt SIWZ zamawiający przewidział taką okoliczność, gdyż stwierdził, że „*Każdy Wykonawca (lub podmioty występujące wspólnie) może złożyć tylko jedną ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*” Ponadto, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń w tym zakresie, np. przedkładając stosowną wykładnię oświadczenia woli Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej, zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 190 ust. 1 Pzp i art. 6 Kodeksu cywilnego. Tym samym, przystępujący uznał, że lider był umocowany do podpisania oferty konsorcjum, a tym samym pełnomocnictwo było prawidłowe i nie jest konieczne jego uzupełnianie.

Odwołujący wniósł pismo procesowe w dniu rozprawy - 21 grudnia 2015 r., w którym zazaczył, że podtrzymuje zarzuty podniesione w odwołaniu, które zamawiający uznał w całości. Jednocześnie, tytułem uzupełnienia, przedstawił nowe argumenty i dowody dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odwołujący wskazał, że zasadnicze niebezpieczeństwo związane z tworzeniem konsorcjów - które mają „*antykonkurencyjny charakter*” - sprowadza się do ograniczenia rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawiać konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję między sobą, ustalając ofertę wspólną. Przywołał decyzję Prezesa UOKiK RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r., stwierdzającą zawiązanie konsorcjum o niedozwolonym charakterze, które miało „*antykonkurencyjny charakter*”. Podniósł, że na niekorzyść obecnego konsorcjum przemawia okoliczność, że wykonawcy dysponują zarówno RIPOKI-em dla regionu sądecko-gorlickiego jak i instalacją zastępczą. Wskazał przepisy: -art. 35 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach - definicję regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK - jest własnością Nova Sp. z o.o., lidera konsorcjum), -ust. 4 pkt 2 wspomina o instalacjach zastępczych dla RIPOK-ów (taką jest instalacja PUK „EMPOL” Sp. z o.o. w Tylmanowej - należąca do partnera konsorcjum); -przepisy art. 9e ust. 1 pkt ustawy z dnia

13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które nakazują przekazywanie „*zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*”, a więc do RIPOKU NOVA Sp. z o.o., a gdyby ten „*uległ awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn*” do instalacji zastępczej, należącej do PUK „EMPOL” Sp. z o.o. położonej w Tylmanowej. Powoduje to, że konsorcjum uzyskuje już na wstępie przewagę cenową nad konkurencją, gdyż ta zobowiązana jest do uiszczania odpowiednich opłat za przekazywanie odpadów zmieszanych do RIPOK-u.

Następnie odwołujący podniósł w kontekście postawionego zarzutu, że stosownie do treści art. 9c ust. 4 pkt 1 i 2 oraz art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, podmioty tworzące konsorcjum składające za każdego z członków konsorcjum zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od mieszkańców, musiały i muszą nadal spełniać warunki określone w rozporządzeniu. W przeciwnym przypadku w razie kontroli prowadzonej przez organ upoważniony do prowadzenia rejestru, tj. Wójta Gminy Podegrodzie i uznania, że wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej nastąpił z naruszeniem przywołanych przepisów lub ich niespełniania, zastosowanie wobec każdego z konsorcjantów znalazłby art. 9j ust. 3 wskazanej ustawy. Taka sytuacja nie występuje w stanie faktycznym, co potwierdza, że zarówno NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. - postrzegane jako podmioty wpisane do rejestru działalności regulowanej Gminy Podegrodzie - posiadają, każdy z osobną bazę magazynowo - transportową w gminie, z której terenu odbierają odpady, lub położoną w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy, wraz z tytułem prawnym do tej bazy, a także spełniającą wymagania określone w § 2 ust. 2-3 rozporządzenia Ministra Środowiska. Bazy wykazano - odrębnie przez każdego z członków konsorcjum w ofercie, a ponadto, NOVA Sp. z o.o. oraz PUK „EMPOL” Sp. z o.o., jako RIPOK oraz „*instalacja zastępcza*”, terenem takim muszą dysponować.

Oba podmioty figurujące w rejestrze działalności regulowanej Gminy Podegrodzie, musiały spełnić osobno warunek wynikający z przywoływanego art. 9d ust. 1 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i rozporządzeniu Ministra Środowiska, posiadać - każdy z osobną wymagane pojazdy - § 3 rozporządzenia Ministra Środowiska. Warunkiem *sine qua non* dla wpisu do rejestru działalności regulowanej Gminy Podegrodzie, - który posiada każdy z członków konsorcjum - było posiadanie przez każdego wykonawcę, co najmniej takiej ilości pojazdów jak wskazane w § 3 rozporządzenia, to łącznie konsorcjum

musiało dysponować pojazdami w ilości najmniej dwukrotnie przewyższającą z rozporządzenia. Konstrukcja warunku z rozdziału 5 pkt 5.3 lit. a SIWZ nakładała obowiązek wykazania się przez wykonawcę przynajmniej taką liczbą pojazdów jak wskazana w rozporządzeniu Ministra Środowiska. Tym samym warunek ten konsorcjanci musieli spełnić i spełnili już tylko po to, by wpisać się do rejestru działalności regulowanej Gminy Podegrodzie, a nie by uczynić zadość wymogom zamawiającego w postępowaniu. Wraz z ofertą konsorcjanci złożyli odrębnie *załącznik „wykazy narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń”*, potwierdzając spełnianie warunków określonych przez zamawiającego w rozdziale 5 pkt 5.3 lit. a-c SIWZ przez każdego z nich.

Każdy z konsorcjantów dysponował także odpowiednią wiedzą i doświadczeniem dla wykonania zamówienia. Zarówno NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. wspólnie ze spółką SITA jako konsorcjum realizowały usługę odbioru i zagospodarowania odpadów w Nowym Sączu. Wykonawcy wspólnie realizowali usługę od 01.07.2013 r. do 31.12.2014 r. oraz realizują ją nadal, w ramach nowego kontraktu. Dlatego z samego faktu realizacji wymienionej usługi, spółki nabyły odrębnie wiedzę i doświadczenie obejmującą całość usług - wyroki KIO: z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1187/09; z dnia 5 lutego 2009 r., KIO/UZP 111/09, podobnie w wyroku KIO 176/10, KIO/UZP 1526/10. Zamawiający w rozdziale 5 pkt 5.2 SIWZ obecnego postępowania wymagał by wykonawca wykazał *„(...) należyte wykonywanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów o łącznej wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł”*, a referencja (poświadczenie) wystawione dnia 23.09.2014 r. przez U.M. Nowy Sącz potwierdza należyte wykonanie usługi, to zarówno NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o., spełniłyby wymagany warunek także w Gminie Podegrodzie. Każdy z członków konsorcjum dysponuje realizacją przynajmniej kilku usług, które pozwoliłyby oddzielenie każdej ze spółek spełnić warunek zamawiającego.

Tytułem przykładu odwołujący przywołał: -usługi w Gorlicach zrealizowane przez PUK „EMPOL” Sp. z o.o.; -usługę z terenu Miasta Gminy Nowy Targ zrealizowaną przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. - lider, IB Spółka z o.o. Biały Dunajec - partner; -usługę z miasta Zakopane w roku 2015 realizowaną przez konsorcjum TESKO Tatrzańska Komunalna Grupa Kapitałowa Sp. z o.o. (lider) oraz PUK „EMPOL” Sp. z o.o.; -na terenie Gminy Limanowa w roku 2015 zrealizowaną przez PUK „EMPOL” Sp. z o.o.; -Gminy i miasta Stary Sącz w roku 2014 r. zrealizowało konsorcjum NOVA Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o.

Reasumując, odwołujący uznał, że ze względu na postawiony przez zamawiającego warunek *„wiedzy i doświadczenia”* zawiązanie konsorcjum nie było konieczne, bowiem każdy z członków konsorcjum NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. spełniłby przywołany

warunek samodzielnie. Okoliczność tę potwierdzają oddzielnie złożone przez każdego wykonawcę załączniki nr 4 (str. 110-112 oferty), w których NOVA Sp. z o.o. wykazała usługę z Nowego Sącza, a PUK „EMPOL” Sp. z o.o. usługi z Limanowej i Gorlic. Dodatkowo, ofertę samodzielną w oparciu o doświadczenie nabyte podczas realizacji kontraktu w Nowym Sączu złożył konsorcjant NOVA Sp. z o.o. oraz PUK „EMPOL” Sp. z o.o. - spółka SITA Małopolska Oddział w Nowym Sączu, co jest dowodem, że podmioty tworzące konsorcjum mogły złożyć samodzielne oferty. Analogicznie oba podmioty tworzące konsorcjum wykazały się spełnieniem warunku w rozdziale 5 pkt 5.4 lit. a SIWZ przedkładając opłacone polisy OC (tego samego towarzystwa ubezpieczeniowego, tj. PZU S.A.) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 1.000.000,00 zł.

Przenosząc powyższe na grunt teoretyczny, odwołujący zauważył, że zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów można postawić przedsiębiorcom, którymi są konsorcjanci NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. W przedmiocie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał Komentarz - Du Vall M., Nowińska E.E., Lexis Nexis 2013 Warszawa oraz stanowisko prof. Ryszard Szostak - Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych - Ryszard Szostak, Kwartalnik PZP 2014/1, C.H. Beck 2014. W ocenie odwołującego, w stanie faktycznym sprawy, przywołane wyżej przesłanki zostały spełnione: działanie podlega ocenie w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą; czyn narusza przepisy prawa i godzi w interes innych wykonawców, w tym odwołującego. Odwołujący podniósł, że antykonkurencyjny charakter konsorcjum, którego konsekwencją jest naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy rozpatrywać przez pryzmat siły konsorcjantów na rynku właściwym odpadów oraz z uwagi na cel i skutek zawartego porozumienia. W zakresie pozycji NOVA Sp. z o.o. i PUK „EMPOL” Sp. z o.o. stwierdził, że na obszarze „rynku właściwego” podmioty te odgrywają wraz ze spółką SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu kluczową rolę - załączone do pisma wyniki postępowań na odbiór odpadów. Wszystkie z wymienionych podmiotów dwukrotnie łącznie uczestniczyły także w postępowaniu pn. *„Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”* (rok 2013 i 2014). PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska Sp. z o.o. składały odrębne oferty w postępowaniu pn. *„Utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Nowego Sącza”* (Nr sprawy: BPM.ZZP.271.617.2012), gdzie PUK „EMPOL” Sp. z o.o. realizował zadanie I, a SITA Małopolska Sp. z o.o. zadanie II oraz *„Utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Nowego Sącza”* (BPM.ZZP.271.388.2015). Z załączonej do pisma procesowego

tabeli oraz zestawienia, które odwołujący załączył do odwołania wynika, że na miejscowym rynku odpadów wykazane podmioty odgrywają dominującą rolę, w szczególności, że zarówno PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz nie tworząca konsorcjum SITA Małopolska Sp. z o.o. odbierają odpady na terenie innych powiatów, m.in. nowotarskiego (PUK „EMPOL” Sp. z o.o.), limanowskiego (PUK „EMPOL” Sp. z o.o.), wadowickiego (PUK „EMPOL” Sp. z o.o.) i krakowskiego (PUK „EMPOL” Sp. z o.o. oraz SITA Małopolska).

Okoliczności wskazane wcześniej pokazują pozycję konsorcjantów na rynku właściwym, także ich potencjalną możliwość samodzielnego udziału w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów. PUK „EMPOL” Sp. z o.o. może samodzielnie uczestniczyć w postępowaniach w Gorlicach (2015), Limanowej (2014), Starym Sączu (2014), czy Mszanie Dolnej, a NOVA Sp. z o.o. w gminie Nawojowa (2014), Korzenna (2014), Chelmiec (2015), to pozostaje wątpliwość co do zawiązania konsorcjum w Gminie Podegrodzie, która nie jest największą na terenie regionu sądecko-gorlickiego, najliczniejszą, ale również nie najbardziej skomplikowaną logistycznie przy realizacji usługi. Gmina ta sąsiaduje bezpośrednio z miastem Nowy Sącz, gdzie usługę aktualnie realizuje NOVA Sp. z o.o., PUK „EMPOL” Sp. z o.o. wspólnie ze spółką SITA w formule przewidzianej art. 23 ustawy Pzp.

Odwołujący zacytował fragment analizy przepisów art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz - Kohutek K., Sieradzka M., Wolters Kluwer 2014.

W ocenie odwołującego stworzenie omawianego konsorcjum można skategoryzować jako takie, które ma za cel co najmniej ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, a więc cel antykonkurencyjny w ujęciu przywołanego art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wskazał - ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz - pod red T.Skoczego, Warszawa 2009; wyrok SOKiK sygn. akt XVII AmA 9/05 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. III SK 26/08.

Skutkiem porozumienia wykonawców, którzy złożyli wspólną ofertę, jest w ocenie odwołującego, wyłączenie elementu konkurencyjności pomiędzy tymi dwoma podmiotami, po drugie, widoczna, bo zakwestionowana przez odwołującego możliwość drastycznego zniżenia ceny oferty konsorcjum, która jest m.in. wypadkową okoliczności podniesionych wcześniej, a mianowicie faktu, że oba podmioty dysponują instalacjami - zastępczą i regionalną dla regionu sądecko-gorlickiego. Trzecim elementem, który w ocenie odwołującego skłonił oba podmioty do złożenia wspólnej oferty, jest obawa o utratę poszczególnych obszarów składających się na rynek sądecko-gorlicki m.in. na rzecz odwołującego, a rozwiązanie zastosowane w postępowaniu pozwala wykonawcom na

zachowanie *status quo* na rynku z jednoczesną jego ochroną przed nowymi wykonawcami.

Odwołujący wskazał na niepokojące, jego zdaniem, w branży odpadowej tworzenie konsorcjów sprzecznych z założeniami jakie leżały u podstaw wprowadzenia art. 23 do ustawy Pzp konsorcjów, które nie wprowadzają konkurencji na rynku ale dany rynek cementują. Wskazał stanowisko m.in. prof. Ryszarda Szostaka w cytowanym artykule „*Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*”, stanowisko Agaty Zawłockiej-Turno w „*Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*” - A.Zawłocka-Turno, IKAR - internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 4(1)). Odwołujący uznał, że taka sytuacja występuje w przedmiotowym stanie faktycznym. Z dokumentacji przetargowej postępowania oraz dowodów przedłożonych przez odwołującego, wynika w jego ocenie, że poza sporem pozostaje fakt, że zarówno NOVA Sp. z o.o. jak i PUK „EMPOL” Sp. z o.o., mogły złożyć odrębne oferty, a one same odgrywają na rynku odpadów na omawianym terenie kluczowe role.

Odwołujący zwrócił uwagę na głosę Małgorzaty Sieradzkiej do wyroku SOKiK z dnia 10 marca 2015 r. w sprawie o sygn. XVII AmA 73/13, w której rozpatrywano zasadność decyzji Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2012 roku RLU Nr 38/2012 (IKAR - 113 internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 5(4)).

Przenosząc powyższe na płaszczyznę stanu faktycznego, odwołujący zauważył, że: przedmiot zamówienia nie jest na tyle skomplikowany by wymagał współpracy w ramach konsorcjum dwóch z trzech podmiotów mających największe udziały na rynku; warunki pozytywne postępowania spełnia samodzielnie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; podmioty tworzące konsorcjum realizowały już większe usługi odbioru odpadów samodzielnie, a jako posiadacze RIPOK-u oraz instalacji zastępczej, dysponują wystarczającym potencjałem do samodzielnego wykonania usługi na terenie Gminy Podegrodzie; połączenie się podmiotu dysponującego RIPOK-iem i instalacją zastępczą ma na celu zwiększenie przewagi cenowej nad konkurencją, co wykazuje cena złożonej oferty; sposób przygotowania oferty potwierdza, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wbrew postanowieniom rozdziału 5 pkt 5.3 SIWZ, przedłożył odrębne dokumenty dla potwierdzenia warunków pozytywnych, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp; odrębne oferty - bez konieczności zawiązywania konsorcjum - byli w stanie złożyć inni wykonawcy, w tym odwołujący; okoliczność wpisu do rejestru działalności regulowanej Gminy Podegrodzie wymusza stosownie do art. 9c ust. 4 pkt 1 i 2 oraz art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości, na obu członkach konsorcjum spełnianie warunków w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp („posiadanie stosownych uprawnień”, „potencjał techniczny”); zawiązanie konsorcjum oraz obniżenie ceny ma antykonkurencyjny charakter z uwagi na dążenie do co najmniej ograniczenia dostępności do rynku odbioru odpadów nowych podmiotów - w tym odwołującego - który na rynek ten próbuje się dostać; w normalnych warunkach rynkowych konsorcjanci, to konkurenci w obszarze podmiotów odbierających odpady w regionie sądecko-gorlickim, składanie wspólnej oferty nie powinno leżeć w ich interesie.

Odwołujący uznał za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podtrzymał pozostałe zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp - wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej (przystępujący w postępowaniu odwoławczym) - w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W wyniku wniesienia przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz ustalenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, o których stanowią przepisy art. 189 ust. 2 Pzp, odwołanie - zgodnie z art. 186 ust. 4 i art. 189 ust. 5 ustawy Pzp - zostało rozpoznane na rozprawie.

Odwołanie - którego zarzuty, żądania i uzasadnienie zostały przedstawione w uzasadnieniu wyroku, rozpoznane w granicach przedstawionych w odwołaniu zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), przy uwzględnieniu kontradyktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 Pzp) oraz postępowania dowodowego w zakresie przedstawionym przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego - podlega uwzględnieniu, wobec uznania zasadności zarzutu dotyczącego zaniechania badania cen

ofert ocenionych - ze względu na kryteria oceny ofert - na pierwszym i drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania jest skutkiem wykazania zasadności zarzutu przedstawionego w odwołaniu - naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp.

Oferta odwołującego została oceniona na trzecim miejscu, zatem skuteczne podniesienie zarzutu wobec oferty wybranej i oferty ocenionej na drugim miejscu, powoduje obowiązek uwzględnienia odwołania (wpływ naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia rozumiany, jako wybór najkorzystniejszej oferty - podobny wniosek wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12).

Ad I - zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu, do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących cen ofert tych wykonawców.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert: *„Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. „(...) *zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.*” (na podstawie opinii pt. *Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych* - strona www.uzp.gov.pl).

Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, jest obowiązek wykonawcy wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nieudowodnienia na podstawie złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, że cena oferty, ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, nie jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp). Skutkiem uznania ceny rażąco niskiej jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia) - podobnie w wyroku KIO z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14.

Zatem, sam fakt zaniechania przez zamawiającego obligatoryjnej czynności badania ceny oferty w kontekście jej poziomu do przedmiotu zamówienia, stanowi wystarczającą podstawę konstruowania zarzutu odwołania w rozumieniu przepisu art. 180 ust. 1 Pzp, mimo nie przedstawienia zarzutu naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, stanowiących o konsekwencjach niezastosowania się przez wykonawcę do wezwania złożenia wyjaśnień wraz z dowodami i nieudowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie Izby (cytowanym w odwołaniu) ukształtował się zasadny pogląd, że porównanie ceny oferty do wartości zamówienia jest właściwe, o ile zostanie przyjęta wartość zamówienia w rozumieniu przepisów art. 32 ust. 1 i następnym Pzp, zwiększona o kwotę podatku VAT. Istota tego badania polega na porównaniu wielkości takiego samego rodzaju i zakresu - cena oferty (netto wraz z podatkiem) oraz wartość zamówienia (netto wraz z podatkiem).

Wartością zamówienia przyjętą przez zamawiającego do porównania jest kwota

3.583.502,06 zł - karta nr 1005 dokumentacji zamawiającego (okoliczności niesporne, nie kwestionowane z zastosowaniem środków ochrony prawnej), inne wielkości wynikają z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego DRUK ZP-PN (karta 1021-1023 dokumentacji zamawiającego). W polu nr 2 pkt 2 zamawiający podał wartość zamówienia - 4.977.086,19 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających - 1.659.028,73 zł. W polu nr 8 pkt 1 zamawiający zamieścił informację - *„Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 3.000.000,00 zł brutto.”*

Wykonawcy złożyli oferty z następującymi cenami:

- przystępujący - 2.015.267,04 zł, cena niższa od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT o 43,76%;
- SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu - 2.118.415,68 zł, cena niższa od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT o 40,88%;
- odwołujący - 2.517.091,20 zł, cena niższa od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT o 29,76%.

Zamawiający przyznał powyższe fakty wskazując, że na skutek błędu porównał tylko ceny ofert do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ustalając średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w kwocie 2.216.924,64 zł. Zatem, stosunek cen kwestionowanych ofert i oferty odwołującego do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert przedstawia się następująco: przystępującego - 90,90%; SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu - 95,56%; odwołującego - 113,54%.

Na podstawie dokonanych porównań zamawiający uznał, że nie ma obowiązku wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, o których stanowi przepis art. 90 ust. 1 Pzp.

Nie wzywając wykonawców - przystępującego oraz wykonawcy SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział w Nowym Sączu - do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, zamawiający naruszył normę prawną art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ceny ofert wskazanych wykonawców są niższe o więcej niż 30% od wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT.

Zatem, przedstawiony w odwołaniu zarzut - naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy - jest zasadny.

Konsekwencją uznania naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jest uznanie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp (wskazującego obowiązek zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w toku prowadzonego

postępowania), przez zaniechanie obligatoryjnego badania cen ofert obu wykonawców, a także przepisu art. 91 ust. 1 Pzp wskazanego w końcowej części uzasadnienia odwołania - przez wybór oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej z pominięciem wskazanej obligatoryjnej procedury badania ceny oferty.

Ad II - zarzut przedstawiony z ostrożności procesowej - naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił zarzut „z ostrożności procesowej”, sprecyzował żądanie odrzucenia oferty również „z ostrożności procesowej”. Z przepisów ustawy Pzp oraz wykonawczych - regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - nie wynika odmienny sposób oceny zarzutów i żądań przedstawionych „z ostrożności procesowej.” Mając na uwadze potoczne rozumienie tego określenia, należy przyjąć, że zarzut i odpowiednio żądanie, zostały przedstawione niepewnie, asekuracyjnie.

Na rozprawie odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zarzutu nie jest tzw. zmowa przetargowa, lecz czyn nieuczciwej konkurencji w wyniku antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazany jako podstawa prawna zarzutu i żądania, stanowi: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem, merytoryczną podstawę odrzucenia oferty stanowi naruszenie normy prawnej wynikającej z przepisów szczególnych dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał przepis szczególny - art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, o treści: „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: (7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.”

Przepis zakazuje - w odniesieniu do postępowań o udzielanie zamówień publicznych

- porozumień o celach lub skutkach polegających na eliminacji lub ograniczeniu konkurencji lub naruszaniu konkurencji na rynku właściwym, w szczególności przez uzgadnianie przez wykonawców przystępujących do przetargu lub przez wykonawcę i zamawiającego - organizatora przetargu, warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Obowiązek udowodnienia, że doszło do niezgodnego z prawem porozumienia obciąża stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego, który z faktu twierdzenia wywodzi skutki prawne - art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c.

Przepisy art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowią: „1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” - bez wskazania ograniczeń, czy zastrzeżeń z tego tytułu, ponad te, które dotyczą wszystkich wykonawców (ust. 3). Zatem, co do zasady, brak jest podstawy do przedstawienia zarzutu, że utworzenie konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, stanowi czynność niezgodną z prawem. Zarzut taki wymaga dowodu, że konsorcjum zostało utworzone w celu lub dla osiągnięcia skutku naruszenia konkurencji.

Utworzenie konsorcjum, co do zasady, polega na uzgodnieniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, m.in. warunków składanych ofert, zakresu prac i ceny.

Odwołujący wywodził zarzut naruszenia przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przede wszystkim z faktu, że wykonawcy - każdy odrębnie może złożyć ofertę w tym postępowaniu, zarówno w kontekście spełniania warunków podmiotowych udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i przedmiotowych w zakresie realizacji zamówienia. Powyższe wywiódł z treści oferty (wiedza i doświadczenie wykonawców, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i sytuacja ekonomiczna i finansowa) oraz udziału wykonawców tworzących obecne konsorcjum w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówień w różnych konfiguracjach podmiotowych. W ocenie odwołującego, obok możliwości samodzielnego wykonania zamówienia przez każdego z członków konsorcjum, złożenie oferty przez konsorcjum posiadające przewagę cenową, spowodowało skrajne zniżenie ceny oferty poniżej wartości wskazanej w art. 90 ust. 1 Pzp, po to by utrzymać rynek lub ograniczyć na nim konkurencję.

Poza załączeniem przez odwołującego zestawień wyników przetargów na odbiór

odpadów komunalnych w Nowym Sączu i gminach z nim sąsiadujących oraz informacji dotyczących wyników postępowań w Gorlicach, Nowym Targu, Zakopanem, Limanowej, Starym Sączu, odwołujący uzasadniał swoje stanowisko poglądami przedstawionymi w komentarzach oraz opracowaniach, m.in. Agaty Zawłockiej-Turno *„Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych”*; Małgorzaty Sieradzkiej w artykułach, komentarzu oraz glosie do wyroku SOKiK w Warszawie z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13.

Odwołujący wskazał również, podobnie jak przystępujący, wyrok SOKiK w Warszawie z dnia 10 marca 2015 r., XVII AmA 73/13, wydany w sprawie, w której Prezes UOKiK uznał, że zawarcie konsorcjum przetargowego stanowi porozumienie ograniczające konkurencję i naruszające zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż miało ograniczyć konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych. *„(...) Prezes UOKiK ustalił, że faktycznie nie doszło w ramach wykonywania zadania do deklarowanej współpracy między spółkami, która miała polegać na wzajemnej wymianie posiadanych zasobów. (...) Celem przedsiębiorców było wyłączenie konkurencji między nimi w związku z chęcią utrzymania posiadanych udziałów rynkowych.”*

W wyniku odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, w którym jeden z wykonawców wskazał, że *„po dokonaniu kalkulacji hipotetycznego zakupu brakujących pojemników powód doszedł do przekonania, że samodzielne wykonywanie usługi na rzecz (...) będzie nieopłacalne, stąd wynikła decyzja o zawiązaniu konsorcjum z drugą spółką”*, Sąd Okręgowy uznał, że odwołania spółek zasługiwały na uwzględnienie, a decyzja Prezesa UOKiK jest pozbawiona podstawy prawnej i powinna być uchylona. Sąd przedstawił wykładnię przepisu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uznając: *„W ocenie Sądu działania powodów, polegające na zawarciu porozumienia w celu przedstawienia wspólnej oferty w ramach przetargu, nie naruszają powołanego przepisu. (...) Jako zakazane w rozumieniu ustawy można uznać jedynie te porozumienia, które zawierane są przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, albowiem bezspornie powodowie złożyli wspólną ofertę w postępowaniu przetargowym. Zatem, co do zasady, naruszeniem zakazu porozumień nie będzie działalność konsorcjów przetargowych, tworzonych w celu wspólnego przedłożenia ofert. Warunkiem dopuszczalności konsorcjum jest to, aby uczestnicy konsorcjum wystąpili z jedną wspólną ofertą, a nie tylko uzgodnili warunki własnych ofert. Trafnie powód podnosi, że współpraca między przedsiębiorcami, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu, jest jednym z filarów funkcjonowania gospodarki*

rynkowej. Współpraca taka wymaga zawierania porozumień, z których większość wywołuje pro konkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku.”

W glosie do wyroku Sądu Małgorzata Sieradzka wskazała, że orzeczenie ma „*przełomowe znaczenie dla praktyki orzekania o zawarciu porozumienia przetargowego w ramach konsorcjum*”. Jednak uznała, że uzasadnienie celu zawarcia konsorcjum jest zbyt ogólnikowe i podała, że „*Celem regulacji z art. 23 ust. 1 Pzp jest po pierwsze - umożliwienie uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania, a po drugie - wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.*”

W postępowaniu dowodowym w granicach tego zarzutu, przystępujący wywodząc, że złożenie wspólnej oferty było uzasadnione przyczynami, m.in. organizacyjnym, technicznymi i ekonomicznymi oraz niemożnością samodzielnego złożenia oferty przez partnera konsorcjum, przedłożył dowody:

- stanowisko lidera konsorcjum z dnia 18.12.2015 r. przedstawiające przyczyny złożenia oferty wspólnej przez wykonawców, z zastrzeżeniem objęcia stanowiska tajemnicą przedsiębiorstwa;
- wezwanie zamawiającego z dnia 20.11.2015 r. skierowane do wykonawców na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie zakresu wykonywanej usługi przez poszczególnych wykonawców, ewentualnie złożenia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczącego PUK „EMPOL” Sp. z o.o. w zakresie odbioru odpadów z podgrupy: „15 01”;
- odpowiedź wykonawców z dnia 27 listopada 2015 r. wskazująca, że lider konsorcjum będzie realizował zamówienie w pełnym zakresie, natomiast partner konsorcjum w zakresie odbioru niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01

(wezwanie zamawiającego i odpowiedź wykonawców, są to dokumenty jawne, zamieszczone w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia sporządzonej przez zamawiającego, stanowiącej akta sprawy odwoławczej).

Na rozprawie przystępujący potwierdził, że PUK „EMPOL” Sp. z o.o. nie posiada we wpisie do rejestru działalności regulowanej kodów odpadów z podgrupy 15 01, tj.: 1) 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury; 2) 15 01 07 Opakowania ze szkła; 3) 15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych; 4) 15 01 04 Opakowania z metali; 5) 15 01 05 Opakowania wielomateriałowe.

Odwołujący nie zajął stanowiska w przedmiocie przedłożonych dowodów.

Co do skrajnego zaniżenia ceny oferty przystępującego, Izba wskazuje: z porównania cen ofert przedstawionych w pkt I uzasadnienia wynika, że cena oferty przystępującego, najniższa w postępowaniu, jest niższa od ceny oferty odwołującego, najwyższej w postępowaniu, o 501.824,16 zł. Różnica procentowego stosunku cen ofert do wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT, wynosi 14%.

W wyroku z dnia 7 maja 2014 r., sygn. akt KIO 813/14, przywołanym i cytowanym w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała: *„W przedmiotowej sprawie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu ofert wykonawców z uwagi na powtarzające się stosowanie przez nich w wielu poprzednich postępowaniach przetargowych praktyk, co zostało udokumentowane przez Zamawiającego. Trzech wykonawców wielokrotnie, biorąc udział w postępowaniach przetargowych, stosowało takie działania (np. nieuzupełnianie dokumentów dla ofert tańszych), aby wybrana została możliwie najdroższa oferta któregośkolwiek z nich.”*

Wyrok dotyczy odmiennego stanu faktycznego niż rozpoznawany. Zamawiający odrzucając oferty udokumentował czynności wykonawców składających odrębne oferty, których treść wskazywała na działania wyczerpujące przesłanki czynu naruszenia konkurencji.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający - uwzględniając zarzut i zobowiązując się tym do wykonania żądania przedstawionego w odwołaniu „z ostrożności procesowej” - odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - nie przedstawił merytorycznego stanowiska.

W wyroku z 2 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1287/12, Izba uznała: *„Celowe wpływianie swoim działaniem bądź zaniechaniem na decyzje zamawiającego podejmowane przez niego w toku postępowania, tak aby doprowadzić w konsekwencji do wyboru oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę, jest istnieniem zmowy przetargowej i powinno być oceniane w przeświadczeniu Izby, po możliwych rezultatach. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonym ofertom, należało wywieść, że działanie odwołującego - proponującego niższą cenę było ukierunkowane w istocie - na wybór oferty wykonawcy proponującego wyższą cenę w postępowaniu.”*

W wyroku z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1353/13, Izba stwierdziła: *„Okoliczności sprawy wskazują na to, że powiązane ze sobą kapitałowo i osobowo spółki, świadomie wykorzystywały mechanizm przewidziany w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający uchylene się od udzielenia wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny i działaniem tym doprowadziły do wyboru oferty, należącej do tej samej grupy kapitałowej za cenę o ponad 2 mln wyższą.”*

Mając na uwadze powyższe, w szczególności orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie wskazujące na sposób oceny konsorcjów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykazanie przez przystępującego zasadności wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, także braku możliwości złożenia odrębnej oferty przez jednego z wykonawców - przy biernym stanowisku odwołującego w zakresie przedłożonych dowodów - Izba uznała, że odwołujący w ramach postępowania kontradyktoryjnego, nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z powodu antykonkurencyjnego charakteru konsorcjum.

Ad III - zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOVA Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum - spółki NOVA Sp. z o.o.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi w zakresie pełnomocnictw, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Adresatem tego przepisu jest zamawiający, zobowiązany do czynności naprawczych w przypadku braku pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu podstawy prawnej zarzutu - przepisu prawnego, z którego wynika wadliwość pełnomocnictwa. Wskazał w treści zarzutu naruszenie wyłącznie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi o obowiązku naprawienia błędu, nie określa zaś potencjalnego błędu w pełnomocnictwie.

Przepisy Pzp definiujące pojęcia stosowane w ustawie (art. 2), nie wyprowadzają definicji pełnomocnictwa dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 14 ustawy znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego: art. 98-109 rozróżniające: pełnomocnictwa ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz szczególne (udzielane dla dokonania poszczególnych czynności). Z art. 96 k.c. wynika, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu, co oznacza możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy (odpowiednio art. 95 § 2 k.c.) - podobnie w wyroku Izby z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1898/14.

Pełnomocnictwo, o którym stanowi art. 23 ust. 2 Pzp, ustanowione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego zakresem jest:

- reprezentowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo
- reprezentowanie tych wykonawców w postępowaniu i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepisy ustawy ani też przepisy Kodeksu cywilnego nie wymagają, dla ważności pełnomocnictw udzielanych przez członków konsorcjum, wskazania w ich treści, że wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też udzielenia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie. Okoliczności wspólnego ubiegania się o zamówienie powinny jednoznacznie wynikać ze złożonych w postępowaniu, wraz z wnioskiem albo ofertą, dokumentów (wyrok z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 263/08).

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie złożono pełnomocnictwo (karta 267 dokumentacji postępowania zamawiającego) udzielone przez *„Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą Tylmanowej (...) reprezentowane przez: Prezesa Zarządu - Marcina Maurera, który działając wspólnie jako Konsorcjum z NOVA Sp. z o.o. w Nowym Sączu, w trybie art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, upoważnił Lidera: NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, do reprezentowania każdego uczestnika Konsorcjum z osobna oraz łącznie jako Konsorcjum wykonawców: NOVA Sp. z o.o. i „EMPOL” Sp. z o.o. w postępowaniu o zamówienie publiczne zorganizowane przez Gminę Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej, 33-386 Podegrodzie 248 na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016- 2018”*

oraz do zawarcia umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego.”

Jednocześnie w treści pełnomocnictwa oświadczono, że „zarówno Lider Konsorcjum jak i każdy uczestnik Konsorcjum przyjmują odpowiedzialność solidarną wobec zamawiającego z tytułu realizacji ww. zamówienia oraz przyjmują na siebie zobowiązanie o braku możliwości rozwiązania pełnomocnictwa oraz dokonywania zmian w jego treści do czasu zakończenia prac będących przedmiotem zamówienia bez wcześniejszego uzgodnienia z Zamawiającym.” Ponadto wskazano, że „Pełnomocnictwo upoważnia Pełnomocnika - Lidera Konsorcjum NOVA Sp. z o.o. w szczególności do:

1. Przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych,
2. Poświadczenia „za zgodność z oryginałem” wszystkich dokumentów załączonych do oferty,
3. Reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i do zawarcia umowy,
4. Podejmowania wszelkich czynności w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej, a w szczególności do sporządzania i wnoszenia protestów, sporządzania i wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, do reprezentacji w toku postępowania odwoławczego, w tym także do reprezentacji przed Zespołem Arbitrów (Krajową Izbą Odwoławczą), sporządzania i wnoszenia skarg na wyroki Zespołu Arbitrów (Krajowej Izby Odwoławczej) oraz reprezentacji Konsorcjum Wykonawców przed Sądem Okręgowym w postępowaniu toczącym się w związku z wniesieniem skargi.”

Treść pełnomocnictwa odpowiada w pełni zakresowi pełnomocnictwa wskazanemu w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Z pełnomocnictwa wynika umocowanie lidera do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez zamawiającego Gminę Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej, oznaczenie postępowania przez wskazanie nazwy przedmiotu zamówienia - „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016- 2018” oraz umocowanie do zawarcia umowy w sprawie wskazanego zamówienia publicznego.

Pełnomocnictwo umocowujące lidera konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest umocowaniem do wszystkich czynności w tym postępowaniu. Taki zakres pełnomocnictwa jest w pełni wystarczający do wszelkich czynności począwszy od czynności przygotowania oferty (przed podpisaniem dokumentu jest to tylko projekt oferty), złożenia

oferty (przedstawienia zamawiającemu podpisanego oświadczenia woli) oraz doręczenia oferty w wyznaczonym miejscu i terminie. Pojęcie „*złożenie oferty*” w znaczeniu cywilistycznym (art. 61-63 kc), w tym w postępowaniach o zamówienie publiczne (ustawa Pzp, w szczególności art. 82 i następne), nie oznacza zawężenia pojęcia do czynności technicznych rozumianych, jako dostarczenie oferty. Dostarczenie oferty w sensie technicznym, nie wymaga żadnego umocowania ani innego upoważnienia. Zanieść, zawieźć, przesłać ofertę może każda osoba, której taką czynność powierzy składający ofertę. Natomiast złożenie oferty w rozumieniu materialnoprawnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej, a więc podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu.

Dodatkowe umocowanie przedstawione w pełnomocnictwie w części wskazującej czynności wyspecyfikowane po wyrazach „*w szczególności*” - „*Przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych*”, jest powtórzeniem umocowania wynikającego z treści pełnomocnictwa odpowiadającej treści przepisu art. 23 ust. 2 Pzp i jest umocowaniem do wszystkich czynności, począwszy od pierwszej czynności związanej z przygotowaniem oferty a skończywszy na fizycznym doręczeniu oferty zamawiającemu.

Opisy przedstawione w treści SIWZ, w szczególności dotyczące sposobu przygotowania oferty - przez powtórzenie opisów poszczególnych czynności, podkreślające ich znaczenie, są opisami technicznymi przedstawionymi w sposób, którego celem jest wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości. Opisy takie nie stanowią podstawy uznania sprzeczności sposobu przygotowania oferty z SIWZ, jeśli oferta została przygotowana w sposób zgodny z ustawą.

Przystępujący złożył na rozprawie pisemne oświadczenie pt. „Wykładnia pełnomocnictwa”, którego treść została podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania spółek tworzących konsorcjum, wskazujące podstawę prawną art. 65 § 1 k.c. Z treści oświadczenia wynika potwierdzenie, że umocowanie zamieszczone w pełnomocnictwie do „*Przygotowania i złożenia oferty w przetargu nieograniczonym oraz dokonywania wszystkich innych czynności z tym związanych*”, umocowuje lidera również do podpisania oferty.

Izba podzieliła przedstawione stanowisko, uznając, że umocowanie lidera do podpisania oferty wynika wprost z treści pełnomocnictwa.

W orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie (2002-2003), dotyczącym pełnomocnictw w postępowaniach o udzielenie zamówienia, wskazano, że pełnomocnictwo

upoważniające do „*reprezentowania przy wszystkich czynnościach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego*”, jest prawidłowym pełnomocnictwem rodzajowym do działania, nie tylko w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale również w postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, pełnomocnictwo na mocy, którego została złożona oferta przystępującego, nie zawiera cech wadliwości, nie występują okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia innego pełnomocnictwa. Zatem, brak podstaw do uznania, że doszło do naruszenia przepisu wskazanego w odwołaniu.

Oceniając powyższe ustalenia i materiał dowodowy, Izba uwzględniła odwołanie z powodu uznania zasadności jednego zarzutu (potwierdzenie chociażby jednego zarzutu powoduje obowiązek uwzględnienia odwołania), przy nieuwzględnieniu dwóch pozostałych zarzutów i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

Podstawę orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego stanowią przepisy art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Z przepisu ust. 10 wynika, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy. Przepisy art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp stanowią, że koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4 - „*Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (...)*” - ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę (również § 5 ust. 2 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).

Izba zasądziła od wnoszących sprzeciw - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej - na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu.

Przewodniczący: