

WYROK

z dnia 23 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Paweł Puchalski

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **12 września 2014 r.** przez wykonawcę: **Tonsmeier Zachód Sp. z o. o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Celowy Gmin, MG-6 ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wlkp.**, przy udziale wykonawców, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Laguna Sp. z o. o, ul. Nadbrzeźna 21, 66-400 Gorzów Wlkp,

B. Veolia Usługi dla Środowiska S.A., ul. Zagańska 232A, 25-563 Kielce,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Tonsmeier Zachód Sp. z o. o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Tonsmeier Zachód Sp. z o. o. ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego **Tonsmeier Zachód Sp. z o. o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz**, na rzecz zamawiającego **Związku Celowego Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wlkp.** kwotę **4 451,56 zł** (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Związku Celowego Gmin MG-6 - Sektor II” (Dz. U. UE 2013/S 114-201073 z 17.06.2014 r., w dniu 12 września 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę Tonsmeier Zachód Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu z dnia 2 września 2014 r. o wyniku przetargu, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołanie dotyczy zaniechania czynności nakazanych ustawą oraz czynności podjętych przez zamawiającego, tj.:

- 1) wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) dokonania wyboru oferty złożonej przez Laguna Sp. z o. o, ul. Nadbrzeźna 21, 66-400 Gorzów Wlkp. (dalej "Laguna");
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy Laguna do uzupełnienia dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług (Załącznik nr 4 do SIWZ);
- 4) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Laguna, po uprzednim wezwaniu wykonawcy Laguna do uzupełnienia dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług (Załącznik nr 4 do SIWZ);
- 5) zaniechania wezwania wykonawcy Laguna do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 6) zaniechania odrzucenia oferty Laguna, po uprzednim wezwaniu Laguna do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 7) zaniechania wezwania wykonawcy Veolia Usługi dla Środowiska S.A., ul. Zagańska 232A, 25-563 Kielce (dalej "Veolia") do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczącego niekaralności prezesa zarządu (Yves Radek Basset) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 8) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Veolia, po uprzednim wezwaniu wykonawcy Veolia do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo

administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczącego niekaralności prezesa zarządu (Yves Radek Basset) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

9) zaniechania wezwania wykonawcy Ragn-Sells Polska Sp. z o. o., ul. Postępu 15C, 02-676 Warszawa (dalej "Ragn-Sells") do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby poświadczającej za zgodność z oryginałem kopie dokumentów złożone wraz z ofertą;

10) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Ragn-Sells, po uprzednim wezwaniu wykonawcy Ragn-Sells do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby poświadczającej za zgodność z oryginałem kopie dokumentów złożone wraz z ofertą.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3,
2. art. 24 ust. 1 pkt 8),
3. art. 24 ust. 2 pkt 2,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4),
5. art. 26 ust. 3,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5),
7. art. 90 ust 1 - 3
8. oraz art. 91 ust 1 ustawy i innych przepisów podanych w uzasadnieniu.

W związku z powyższym, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania wezwania wykonawcy Laguna do uzupełnienia dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług (Załącznik nr 4 do SIWZ);
- 4) wykluczenia wykonawcy Laguna z postępowania, po uprzednim wezwaniu Laguna do uzupełniania dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług (Załącznik nr 4 do SIWZ);
- 5) dokonania wezwania wykonawcy Laguna do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 6) odrzucenia oferty wykonawcy Laguna, po uprzednim wezwaniu Laguna do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 7) dokonania wezwania wykonawcy Veolia do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczącego niekaralności

prezesa zarządu (Yves Radek Basset) w zakresie określonym w art 24 ust 1 pkt 5-8,10 i 11 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

8) wykluczenia wykonawcy Veolia z postępowania, po uprzednim wezwaniu Veolia do uzupełniania zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczącego niekaralności prezesa zarządu (Yves Radek Basset) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

9) dokonania wezwania wykonawcy Ragn-Sells do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby poświadczającej za zgodność z oryginałem kopie dokumentów złożone wraz z ofertą;

10) wykluczenie wykonawcy Ragn-Sells z postępowania, po uprzednim wezwaniu Ragn-Sells do uzupełniania pełnomocnictwa dla osoby poświadczającej za zgodność z oryginałem kopie dokumentów złożone wraz z ofertą;

11) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że powyższe naruszenia przepisów ustawy doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażają go przy tym na szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany dochód z tytułu wykonania umowy.

Odwołujący w poniższy sposób uzasadnił zarzuty wniesionego odwołania.

Zarzut 1. Bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 2 września 2014 r. został powiadomiony o wykluczeniu go z postępowania oraz o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Laguna Sp. z o. o. W uzasadnieniu, jako podstawę prawną czynności wykluczenia odwołującego zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W zakresie uzasadnienia faktycznego zamawiający argumentował, że odwołujący nie załączył do oferty gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY, co zdaniem zamawiającego jest równoznaczne z brakiem wniesienia wadium.

Z takim zapatrywaniem odwołujący się nie zgodził. Podkreślił, że wniósł wadium przed upływem terminu składania ofert, tj. w sposób zgodny z art. 45 ust. 3 Pzp, a zamawiający przyznał, że ma świadomość, iż wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej o numerze 88/14-182/2012/BY. Zamawiający posiadał wiedzę o numerze gwarancji wadium, bowiem jej poświadczona za zgodność z oryginałem kopia została załączona do oferty. W tej sytuacji, według odwołującego nie można mówić o ziszczeniu się przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony

okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odwołujący podał, że zdaje sobie sprawę, że w Rozdziale VIII pkt 5 SIWZ zamawiający zawarł wymóg formalny, zgodnie z którym "Oryginał wniesienia wadium w innej formie niż pieniężnej należy dołączyć do oferty w osobnej kopercie w terminie do dnia i godziny składania ofert, a kopię wpiąć odpowiednio do oferty".

Zdaniem odwołującego jest to formalizm, którego niewykonanie nie oznacza jednak, że wadium nie zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, bowiem odwołujący doprowadził do udzielenia zamawiającemu przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ S.A. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY, której kopia została załączona do oferty odwołującego. Jak przyjęto w orzecznictwie Izby, "Kopia poświadczona za zgodność z oryginałem stanowi dowód istnienia oryginału o treści i formie odwzorowanej w kopii" (por. wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2394/13). Odwołujący wywodził, że skoro kopia gwarancji została załączona do oferty, to zamawiający dysponował wszelką wiedzą o istnieniu prawidłowo wniesionego wadium.

Ponadto, odwołujący podnosił, że w przypadku ziszczenia się przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a Pzp oraz art. 46 ust 5 Pzp, zamawiający miał możliwość skorzystania z gwarancji celem zatrzymania wadium. Odwołujący wskazywał, że z treści omawianej gwarancji nie wynika, aby warunkiem skorzystania przez zamawiającego z tej gwarancji było posiadanie jej oryginału. Gwarancja przewiduje, że gwarant zapłaci należną kwotę w ciągu 14 dni od daty otrzymania od beneficjenta pisemnego wezwania do zapłaty podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania beneficjenta, zawierające oświadczenie wskazujące okoliczność stanowiącą podstawę do wezwania do zapłaty (zatrzymania wadium). Do wezwania należy dołączyć dokumenty poświadczające umocowanie osób, które podpisały wezwanie do zapłaty (por. pkt 5 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY).

Reasumując, odwołujący podtrzymał, że wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której kopia została załączona do oferty, a zamawiający może realizować uprawnienia beneficjenta wynikające z gwarancji bez konieczności dysponowania oryginałem tego dokumentu przed upływem terminu składania ofert. Brak załączenia oryginału gwarancji nie stanowi przesłanki determinującej wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Wreszcie, odwołujący zauważył, że w myśl § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z

2013 r. poz. 231) zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości. Jeżeli, zamawiający w niniejszym postępowaniu nabrał wątpliwości, co do czytelności lub autentyczności dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY, to miał prawo wezwać odwołującego do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.

Odwołujący powoływał się na linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności, wyrok z dnia 6 kwietnia 2011 r., że: *"W ocenie Izby Odwołujący prawidłowo wniósł wadium i udokumentował ten fakt Wadium zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a dowodem jego wniesienia przed upływem terminu składania ofert była poświadczona za zgodność przez wykonawcę kopia tej gwarancji, załączona do oferty (...)." (wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 628/11). Podobnie, w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. Izba potwierdziła, że: *"(...) załączenie kopii gwarancji do oferty, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 ustawy Pzp, gdyż w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium"* (wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 1376/08).*

Zarzut 2 A. Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Laguna Sp. z o. o.

Odwołujący podnosił, że firma Laguna pomimo złożonego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie zdołała wykazać posiadania wiedzy i doświadczenia na poziomie oczekiwanym przez zamawiającego.

W Rozdziale V pkt 1 ppkt 2) SIWZ, zamawiający wyjaśnił, że uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym czasie) potwierdzi należyte wykonanie usług na łączną wartość brutto min. 1.000.000,00 PLN polegających na odbieraniu, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy odpadów komunalnych z nieruchomości.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1 lit. c SIWZ, w wykazie głównych usług wykonawca miał wskazać usługi na łączną wartość brutto min. 1.000.000,00 PLN polegające na odbieraniu, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, odpadów komunalnych z nieruchomości oraz załączyć dowody potwierdzające, że usługi te wykonane zostały należycie, a w odniesieniu do nadal wykonywanych usług ciągłych - dowody, że usługi są wykonywane należycie, wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący podnosił, że Wykaz głównych usług (str. 45 oferty Laguna) zawiera 3 pozycje, wśród których tylko jedna usługa ma wartość większą niż 1.000.000,00 PLN (poz. 1 wykazu). Pozostałe dwie pozycje mają mniejszą wartość. Oferta firmy Laguna nie zawiera jednak dowodu potwierdzającego, że usługa zrealizowana na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej "DOLINKI" w Gorzowie Wielkopolskim została wykonana należycie. List referencyjny z dnia 21 sierpnia 2014 r. (str. 46 oferty Laguna) zawiera jedynie informacje, że w okresie od 28 sierpnia 2011 r. do 30 czerwca 2013 r. firma Laguna Sp. z o. o. wykonała usługi o łącznej wartości 1.672.230,23 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe, list referencyjny z dnia 21 sierpnia 2014 r. nie może zostać uznany za poświadczenie należytego wykonania usługi, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

Odwołujący zaznaczał, że wskutek braku przedstawienia właściwego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wymienionej w poz. 1 wykazu usług głównych zamawiający - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - powinien wezwać firmę Laguna do uzupełnienia poświadczenia należytego wykonania usługi zrealizowanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej "DOLINKI" w Gorzowie Wielkopolskim, a dokument złożony w odpowiedzi na takie wezwanie - powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu ze skutkiem na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

W przypadku braku uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp, zamawiający powinien dokonać czynności wykluczenia firmy Laguna z postępowania.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że wykonawca Laguna nienależycie wykonał usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta Gorzowa Wlkp. w 2013 r. W szczególności wspominał, że firma Laguna nie wywiązywała się z obowiązku terminowego świadczenia usług odbioru odpadów od mieszkańców. Ponadto, odbierając z terenu nieruchomości swoje pojemniki jesienią 2013 roku firma Laguna pozostawiła w miejscach zbiórki rozsypane odpady komunalne, czyniąc tym samym poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa sanitarnego mieszkańców.

Zarzut 2 B. Rażąco niskiej ceny oferty Laguna Sp. z o. o.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 27 948 500,00 zł brutto. Ceny trzech ofert złożonych w postępowaniu zostały skalkulowane na poziomie nieznacznie przekraczającym tę kwotę: oferta Odwołującego: 30 961 574,20 zł, oferta Ragn-Sells Polska Sp. z o. o. – 29 115 774,00 zł, oferta Veolia

Usługi dla Środowiska S.A. – 28 576 855,58 zł. Cena oferty firmy Laguna Sp. z o. o. (24 264 502,56 zł) odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, a także istotnie różni się od wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący uznał, że oferta Laguna Sp. z o. o. zawiera cenę niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych.

W opinii odwołującego, cena oferty Laguna Sp. z o. o. nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku przez tego wykonawcę. Koszty świadczenia usługi na właściwym poziomie przekraczają, bowiem wysokość zaoferowanej ceny. Istnieje poważne ryzyko, że podobnie jak w roku ubiegłym firma Laguna w poszukiwaniu oszczędności będzie zaniedbywała obowiązek terminowego odbierania odpadów z terenu nieruchomości. W tej sytuacji, celem usunięcia zaistniałych wątpliwości, zamawiający winien skorzystać z instrumentów, jakie daje mu art. 90 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że art. 90 ust. 1 - 3 ustawy jest przepisem, który ma także chronić wykonawców przed niekonkurencyjnymi zachowaniami innych wykonawców, a zatem jego zastosowanie nie może być rozważane wyłącznie przez pryzmat zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, a powinno uwzględniać także czy wręcz przede wszystkim, zasadę uczciwej konkurencji, na straży której stoi zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający po powzięciu wątpliwości, co do zaoferowanej ceny jest zobligowany wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący przywołał kolejne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *"Uzasadnione wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarza domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, którego obalenie obciąża wykonawcę, do którego skierowano wezwanie."* (por. wyrok KIO z dnia 28 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 516/12, LEX nr 1131283) oraz: *"Dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. Wystąpienie takie stwarza bowiem domniemanie prawne, że cena oferty jest rażąco niska, a celem udzielonych wyjaśnień jest obalenie tego domniemania."* (wyrok KIO z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 517/12, LEX nr 1131284).

Wykonawca składając wyjaśnienia winien wykazać, iż zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, winien również wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Odwołujący podkreślał, że sposób dokonywania przez zamawiającego oceny wyjaśnień składanych przez wykonawców w wyniku wezwania w

trybie art. 90 ust. 1 ustawy został z dużą dokładnością określony w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy oraz w powstałym na tym tle orzecznictwie.

Podsumowując, podtrzymał zarzut, że cena zawarta w ofercie Laguna w sposób oczywisty stanowi przejaw dumpingu cenowego. W razie braku należytego wyjaśnienia ceny oferty przez wspomnianego wykonawcę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający zobligowany będzie do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zarzut 3. Zaniechania wykluczenia wykonawcy Veolia Usługi dla Środowiska S.A.

Zdaniem odwołującego wykonawca Veolia Usługi dla Środowiska S.A. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie, w jakim do oferty nie załączono dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Formalnie do oferty nie załączono, bowiem wymaganego dokumentu na potwierdzenie niekaralności prezesa zarządu Veolia (pan Yves Radek Basset), którego miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (5 rue Raspail 18100 Vierzon, Francja). Zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, członkowie organu zarządzającego, mają miejsce zamieszkania poza terytorium RP, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Przenosząc powyższe regulacje na grunt niniejszej sprawy, odwołujący ponosił, że jeżeli członek zarządu spółki zarejestrowanej w Polsce posiada miejsce zamieszkania na terytorium Francji, to spółka wraz z ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia składa zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego wydane w miejscu zamieszkania tej osoby (tj. dokument "bulletin n° 3" wydawany przez "Service du casier judiciaire" na terenie Francji). Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem, dla osób mających miejsce zamieszkania na terytorium Francji właściwym dokumentem

poświadczającym niekaralność jest dokument "bulletin n° 3" (wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 254/11). Tymczasem, spółka Veolia zamiast bulletin n° 3 złożyła dla prezesa zarządu Yves Radek Basset polski dokument informacji z KRK wraz z wydrukiem z systemu ECRIS obrazującym odpowiedź francuskiego rejestru karnego na zapytanie polskiego KRK o niekaralności ww. osoby.

Zdaniem odwołującego informacja uzyskana z polskiego KRK nie jest wystarczająca w świetle przywołanego na wstępie § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepis ten jednoznacznie nakazuje, aby dla członków zarządu polskich spółek, którzy mają miejsce zamieszkania poza terytorium RP wymagać zaświadczenia wydanego przez organ właściwy dla ich miejsca zamieszkania. Żaden przepis nie przewiduje wyjątku od tej zasady; jeżeli w państwie miejsca zamieszkania członka zarządu wydaje się urzędowe zaświadczenia o niekaralności, to nie można takiego dokumentu zastąpić ani oświadczeniem złożonym przed notariuszem ani żadnym innym dokumentem (w szczególności informacją z KRK).

W konsekwencji podtrzymał, że firma Veolia nie mogła posłużyć się polskim dokumentem informacji o niekaralności wraz z wzmianką o niekaralności na terytorium Francji uzyskanym za pośrednictwem systemu ECRIS, skoro we Francji możliwe jest uzyskanie właściwego zaświadczenia ("bulletin n° 3").

Dalej odwołujący wywodził, że w tych okolicznościach zamawiający - na podstawie art. 26 ust 3 Pzp - powinien wezwać wykonawcę Veolia do uzupełniania właściwego dokumentu "bulletin n° 3" wystawionego we Francji na potwierdzenie niekaralności prezesa zarządu Yves Radek Basset, którego miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (5 rue Raspail 18100 Vierzon, Francja). W razie braku uzupełnienia właściwego dokumentu obowiązkiem zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8, 10 i 11 Pzp, będzie dokonanie wykluczenia wykonawcy Veolia z niniejszego postępowania.

Zarzut 4. Pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę ww. wykonawcy nie obejmuje upoważnienia do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych wraz z ofertą Ragn - Sells Polska Sp. z o. o.

Przechodząc do omówienia zarzutu dotyczącego oferty Ragn-Sells Polska Sp. z o. o. odwołujący podnosił, że pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę ww. wykonawcy nie obejmuje upoważnienia do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych wraz z ofertą w formie innej niż oryginał bądź notarialnie poświadczona kopia. Z treści pełnomocnictwa z dnia 23 lipca 2014 r. udzielonego pani M. R. wynika, że została ona

umocowana wyłącznie do "złożenia oferty oraz podpisania załączników z nią związanych". Tymczasem, pani M. R. nie tylko podpisała formularz oferty oraz oświadczenia związane z udziałem Ragn-Sells Polska Sp. z o. o. w przedmiotowym postępowaniu (do czego upoważniało ją pełnomocnictwo), ale również dokonała własnoręcznego poświadczenia za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów składanych w formie kopii. Do tego jednak pełnomocniczka Ragn-Sells nie była upoważniona.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 września 2014 r. do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp zgłosili dnia 18 września 2014 r. pisemne przystąpienia po stronie zamawiającego, w kopii przekazane stronom wykonawcy:

A. Laguna Sp. z o, o, ul. Nadbrzeźna 21, 66-400 Gorzów Wlkp, który wnosił o oddalenie odwołania powołując się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego – wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

B. Veolia Usługi dla Środowiska S.A., ul. Zagnańska 232A, 25-563 Kielce, który wnosił o oddalenie zarzutów kierowanych wobec jego oferty i podał następujące uzasadnienie.

„Przystępujący złożył drugą w kolejności pod względem ceny ofertę i nie został wykluczony z postępowania, ani jego oferta nie została odrzucona w związku z powyższym Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Przystępujący do odwołania wnosi o oddalenie odwołania.

Dwa z zarzutów wskazanych w odwołaniu związane są z dokumentem złożonym przez Przystępującego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu m.in. w pkt 7) i 8) zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczącego niekaralności prezesa zarządu - Yves Basset i zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy Przystępującego. W ocenie Przystępującego podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach oraz braku podjęcia czynności Zamawiającego w stosunku do firmy Przystępującego są niesłuszne, gdyż przedstawiony przez Przystępującego dokument potwierdzający niekaralność prezesa zarządu jest dokumentem właściwym, a zatem Zamawiający nie naruszył przepisów art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 4 art. 26 ust. 3, 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Przedłożony w ofercie przez Przystępującego dokument ECRIS - Europejskiego Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych wraz z zapytaniem o udzielenie informacji o osobie KRK jest dokumentem, którym Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach stale posługuje się we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i

dokument ten nigdy nie był kwestionowany ani przez zamawiających ani przez konkurencję, gdyż jest to dokument zgodny z wymaganiami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form. w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów.

Informacja o niekaralności osoby fizycznej - obywatela państwa członkowskiego UE może być pozyskana z krajowego rejestru karnego innego państwa członkowskiego za pośrednictwem polskiego Krajowego Rejestru Karnego.

Możliwość pozyskiwania informacji przez polski Krajowy Rejestr Karny z rejestrów karnych innych państw członkowskich UE w ramach europejskiego systemu przekazywania informacji z rejestrów karnych (tzw. systemu ECRIS) została wprowadzona do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, która to nowelizacja weszła w życie 27 kwietnia 2012 r. System ECRIS to system teleinformatyczny oparty na bazach danych krajowych rejestrów karnych, służący do wymiany pomiędzy organami centralnymi państw członkowskich UE informacji dotyczących osób skazanych. W praktyce umożliwia on łączność elektroniczną między krajowymi rejestrami karnymi wszystkich państw członkowskich, co pozwala na szybkie i łatwe wymienianie informacji o wyrokach skazujących. Wdrożenie wskazanego systemu w państwach członkowskich UE pozwala na dostęp do kompletnej informacji na temat przestępstw popełnianych przez każdego obywatela UE bez względu na to, w którym państwie członkowskim został on w przeszłości skazany.

Art. 7 ust. 1a znowelizowanej ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym przewiduje, że: „Każdemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz każdej osobie, która mieszka lub mieszkała w jednym z tych państw, przysługuje prawo do złożenia do Rejestru wniosku o wystąpienie z zapytaniem o informację dotyczącą jego osoby zawartą w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli jest lub była obywatelem państwa, do którego kierowane jest zapytanie, lub mieszka albo mieszkała na jego terytorium.”

W przedmiotowym postępowaniu Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach złożyła dokument - zapytanie o udzielenie informacji o osobie wraz z odpowiedzią na zapytanie o udzielenie informacji o osobie pochodzącą z francuskiego rejestru karnego, przy czym zakres udzielanej informacji dotyczy przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 10 i 11 Pzp. Dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z danymi wskazanymi w odpowiedzi na zapytanie pochodzą z francuskiego rejestru karnego, a więc od właściwego organu sądowego miejsca zamieszkania prezesa zarządu Veolia Usługi dla

Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach. W pozycji: Nadawca dokumentu ECRIS wskazany jest: National Criminal Records (France) - dokument ten stanowi więc zaświadczenie, o którym mowa w § 3 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów . Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie przesądza jaka ma być ścieżka pozyskania odpowiedniego zaświadczenia pochodzącego od organu sądowego miejsca zamieszkania członka zarządu tj. że dokument taki należy uzyskać osobiście i bezpośrednio składając wniosek w organie sądowym we Francji. Kwestia ta pozostaje poza regulacją przepisów Pzp i uregulowana została w znowelizowanej ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym.

Do ustawowych zadań polskiego biura informacyjnego KRK należy: „występowanie do organów centralnych państw członkowskich Unii Europejskiej, zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z zapytaniem o udzielenie informacji z rejestru karnego tego państwa o osobie będącej jego obywatelem, w przypadku gdy osoba ta złożyła wniosek o udzielenie informacji z Rejestru” (art. 4 ust. 5 a) ustawy o KRK).

Prezes zarządu Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach w ramach obowiązujących w UE i Polsce przepisów miał prawo korzystać z ustawowo przewidzianych dla obywateli państw członkowskich udogodnień i pozyskać za pośrednictwem polskiego KRK z francuskiego rejestru karnego informację dotyczącą jego niekaralności, a Przystępujący miał prawo złożyć taki dokument w przedmiotowym postępowaniu, jako dokument zaświadczenia właściwego organu sądowego miejsca zamieszkania dotyczący niekaralności prezesa zarządu spółki. Dokument ten jest bowiem dokumentem wskazanym w § 3 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...).”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 września 2014 r. przytoczył następującą argumentację.

1. *„Dodatkowo wadium wnoszone w formie gwarancji winno zawierać w swej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie się do zapłaty kwoty wadium na wypadek gdyby Wykonawca:*

- a. w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,*
- b. odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,*
- c. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia wykonania umowy,*
- d. zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

Załączone do oferty przez odwołującego dokumenty nie potwierdzają prawidłowego sposobu wniesienia wadium.

Wbrew stwierdzeniom Odwołującego do oferty nie załączona została gwarancja wadialna, ani w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, ani w formie oryginału. Przytoczyć należy Rozdział VIII pkt 5 SIWZ, w którym Zamawiający dokładnie określił wymóg formalny, zgodnie z którym „oryginał wniesienia wadium w innej formie niż pieniądzu należy dołączyć do oferty w osobnej kopercie w terminie do dnia i godziny składania ofert, a kopię wpiąć odpowiednio do oferty”.

Zdaniem Zamawiającego funkcją wadium jest zabezpieczenie jego interesów na wypadek nie zawarcia umowy przez wybranego Wykonawcę. Określenie warunków wypłaty wadium w gwarancji powinno być jasne i dokładne. Odwołujący powyższego wymagania formalnego nie wypełnił nie dołączając oryginału wniesienia wadium oraz nie załączając kopii do oferty. Natomiast załączone do oferty dokumenty: Aneks nr 1 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY oraz Aneks nr 2 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY wskazywały jedynie na istnienie dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium o wskazanym numerze. Zamawiający nie posiadając oryginalnej treści gwarancji wadialnej uznał, że jego interes nie jest odpowiednio zabezpieczony (wyrok z dnia 20 stycznia 2009 sygn. KIO/UZP 19/09). Dodatkowo za wyrokiem KIO z dnia 15 października 2012r. (sygn. KIO 2121/12) podnieść należy, że oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powinien być złożony zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, aby doszło do skutecznego wniesienia wadium.

Nadmienić należy, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości uzupełnienia wadliwie wniesionego lub niezłożonego wadium, wobec czego Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Nawiązując do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) podnieść należy, że wskazane przepisy nie odnoszą się do formy, sposobu i dokumentowania wniesienia wadium w postępowaniu przetargowym, wobec powyższego nie mają w niniejszej sprawie zastosowania.

2. a) W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie Wykonawcy firmy Laguna Sp. z o.o. do uzupełnienia poświadczenia należytego wykonania usługi zrealizowanej na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Dolinki” jest nietrafny. Wykonawca do oferty w celu wykazania spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu załączył dokument z dn. 21 sierpnia 2014 r. wystawiony przez Spółdzielnię

Mieszkaniową „Dolinki” zatytułowany „LIST REFERENCYJNY”. Z treści załączonego dokumentu wynika, że Wykonawca, firma Laguna Sp. z o.o. w okresie od 28 sierpnia 2011 r. do 30 czerwca 2013r., wykonywała usługę odbioru odpadów komunalnych z terenu SM Dolinki. SM Dolinki poleca firmę Laguna Sp. z o.o. jako „solidnego i profesjonalnego wykonawcę świadczonych usług” oraz „jako partnera godnego zaufania w realizacji tego typu usług”. Zamawiający uznał, że przedstawiony dokument spełnia wymogi, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Za wyrokiem KIO z dnia 24 czerwca 2013 r. (sygn. KIO 1348/13) „referencje są dokumentami abstrakcyjnymi, niezwiązanymi z żadnym konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mają jedynie za zadanie potwierdzić należyte wykonanie lub wykonywanie zamówienia” uznać należy, że dokument załączony do oferty potwierdza, że usługa została wykonana należyście,

2 b) Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający uznaje za bezpodstawny.

Cena przedstawiona w ofercie Wykonawcy firmy Laguna Sp. z o.o. w ocenie Zamawiającego nie spełnia przesłanek do uznania, że jest ceną rażąco niską. Firma Laguna jest profesjonalnym przedsiębiorcą znającym realia przedmiotu zlecanej usługi odbioru odpadów komunalnych na terenie objętym zamówieniem, świadczącym usługi tego rodzaju w okresie do 30 czerwca 2013 r., a w okresie od 01 lipca 2013 r. do 20 czerwca 2014 r., jako podwykonawca na terenie Sektora I Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, składając ofertę, firma miała wiedzę o kosztach składających się na ostateczną cenę.

Jak wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2181/13) pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie Pzp zdefiniowane i stanowi ono pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej, którą obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Ustawa nie określa również żadnego poziomu, poniżej którego cenę należy potraktować jako rażąco niską.

W przypadku przedmiotowej sprawy Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 27.948.209,76 zł brutto najkorzystniejsza oferta złożona przez Wykonawcę firmę Laguna wynosiła 24.264.502,56 zł brutto. Oferta firmy Laguna jest o 13 % niższa niż szacowana wartość zamówienia, co w ocenie Zamawiającego nie było przesłanką do wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2181/13) należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego

jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny.

Dodatkowo cena zaproponowana przez przedsiębiorcę firmę Laguna Sp. z o.o. jest o 14% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co w świetle uchwalonych zmian art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wchodzących w życie 19 października br., również nie pozwala na uznanie, że zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu cena ma znamiona ceny rażąco niskiej.

3. W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust, 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 Pzp jest niesłuszny. Wykonawca, firma Veolia Usługi dla Środowiska S.A. załączył do oferty dokument - zapytanie o udzielenie informacji o osobie wraz z odpowiedzią na zapytanie o udzielenie informacji o osobie, pochodzącą z właściwego organu sądowego miejsca zamieszkania (Francja) rejestru karnego. Dokument ten potwierdza niekaralność prezesa zarządu Veolia Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach, Pana Yves Basset w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy. Przedłożony dokument ECRIS - Europejskiego Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych wraz z zapytaniem o udzielenie informacji o osobie KRK odpowiada w ocenie zamawiającego postanowieniom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Nadmienić należy, iż zgodnie z przepisami europejskiej decyzji ramowej 2009/315/WSiSW, decyzji Rady 2009/316/WSiSW i przepisów krajowych wymiana informacji z rejestrów karnych, może odbywać się dla celów innych, niż postępowanie karne. System ECRIS stworzony został w celu ułatwienia wymiany informacji o skazanych pomiędzy państwami członkowskimi UE, ma mieć zastosowanie m.in. do postępowań karnych, administracyjnych. Możliwość uzyskania informacji przez Krajowy Rejestr Karny z rejestrów karnych państw członkowskich UE w ramach systemu ECRIS została wprowadzona do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym.

4. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oferty firmy Ragn-Sells Polska Sp. z o.o.

Zamawiający podnosi, że z treści pełnomocnictwa udzielonego Pani M. R. wynika, że ma ona prawo do „wykonania wszelkich czynności związanych z uczestnictwem w imieniu spółki” w przedmiotowym przetargu. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego, jest to równoznaczne z uprawnieniem do wykonania między innymi czynności poświadczenia za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów składanych w formie kopii.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż odwołanie jest bezzasadne, a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Dlatego też, decyzja Zamawiającego wnioskująca oddalenie odwołania w całości i nieuwzględnienia wyrażonych w nim żądań jest w pełni uzasadniona."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła dopuścić dowód wnioskowany przez odwołującego w postaci kalkulacji kosztów jego oferty – jako dotyczący przyjętych przez odwołującego założeń kalkulacyjnych, które oprócz cen za przyjmowanie odpadów na instalację RIPOK, mogły kształtować się w ofertach wykonawców w sposób zróżnicowany.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Związku Celowego Gmin MG-6 - Sektor II.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców:

Kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

Powiadomieniem z dnia 2 września 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, że dokonał wyboru oferty firmy Laguna Sp. z o. o., która uzyskała w jedynym kryterium cena 100 punktów.

Jednocześnie zamawiający informował, że „Wykonawca firma Tonsmeier Zachód Sp. z o. o. ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz, do złożonej oferty nie załączył gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Ad. Zarzut 1. Bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Rozdział VIII SIWZ przewiduje wniesienie wadium w kwocie 250 000,00 zł.

Rozdział VIII pkt 5 SIWZ stanowi: "Oryginał wniesienia wadium w innej formie niż pieniężnej należy dołączyć do oferty w osobnej kopercie w terminie do dnia i godziny składania ofert, a kopię wpiąć odpowiednio do oferty".

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 28 sierpnia 2014 r. godzina 10:00.

W oddzielnej kopercie odwołujący załączył oryginał polisy uniwersalnej o numerze TUZ VUA 0063110 podpisany przez przedstawicieli Towarzystwa oraz odwołującego, wystawiony 30 czerwca 2014 r., gdzie jako przedmiot ubezpieczenia wskazano „gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” 88/14-182/2012/BY, w którym brak jest oznaczenia warunków płatności wadium na rzecz zamawiającego. Ponadto zostały dołączone aneksy nr 1 z 22 lipca 2014 r. i 2 z dnia 19 sierpnia 2014 r. wystawione przez Dyrektora Oddziału TUZ o przedłużeniu ważności gwarancji w jej punkcie 6, ostatecznie do 26 października 2014 r.

Odwołujący przyznał, że samej gwarancji wadialnej podającej warunki wypłaty kwoty wadium na rzecz zamawiającego nie dołączył do swojej oferty, ani w oryginale, ani w kopii.

Zarzut 1 nie podlegał uwzględnieniu.

Zamawiający zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp żądał od wykonawców wniesienia wadium, gdyż wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Przepis art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp dozwala na wniesienie wadium, między innymi w gwarancjach ubezpieczeniowych.

Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiana na zlecenie wykonawcy, ale przez podmiot trzeci, jakim jest towarzystwo ubezpieczeniowe a skierowana jest do zamawiającego, jako beneficjenta. Z tych względów musi być złożona zamawiającemu w wyznaczonym terminie w formie pisemnego oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sugerował, że złożony wraz z ofertą został odpis gwarancji wadialnej. Postępowanie dowodowe takiej okoliczności nie potwierdziło. Złożone zostały, bowiem jedynie aneksy Nr 1 i 2 do gwarancji wadialnej – przedłużające okres jej obowiązywania. Odwołujący przyznał do protokołu rozprawy, że wymieniona gwarancja wadialna nie została załączona do dokumentów jego oferty, ani w odpisie, ani w oryginale. Nie wnioskował też o przeprowadzenie dowodu w tym zakresie i nie wykazał w postępowaniu przed Izbą, iż takowa gwarancja w ogóle istnieje.

Zamawiający udzieli wykonawcom dokładnych instrukcji w odniesieniu do złożenia wadium w innej formie niż pieniężnej – wymagając dołączenia do oferty oryginału w osobnej kopercie w terminie do dnia i godziny składania ofert, oraz wpięcia kopii odpowiednio do dokumentacji oferty. Z uwagi na znaczenie takiego rodzaju dokumentów, z reguły są one specjalnie zabezpieczane przez zamawiających oraz przechowywane odrębnie i wyłącznie z

tych względów wymagana jest także kopia gwarancji, traktowanej jako dokument roboczy. Zamawiający w odniesieniu do każdej oferty ma obowiązek sprawdzić – czy wadium zostało mu przekazane w wymaganej kwocie, formie oraz treści dokumentu i w wyznaczonym terminie.

Postanowienia odnoszące się do wadium zostały odrębnie uregulowane w przepisach art. 45 i 46 ustawy Pzp. Gwarancja wadialna nie jest dokumentem wymienionym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Postanowienia § 1 ust. 1 rozporządzenia wydanego z delegacji art. 25 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie wskazują, że uregulowania tego aktu mają zastosowanie wyłącznie do dokumentów przedkładanych w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Nie byłby również zamawiający uprawniony do żądania oryginału gwarancji po upływie terminu składania ofert, pod pozorem konfrontacji kopii, której zresztą nie posiadał - z treścią oryginału gwarancji.

Brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje wnoszenie wadium przed upływem terminu składania ofert. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wykonawcy z reguły starają się przeciwdziałać przypadkowi wadium, wtedy gdy zachodzą przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wystarczy, więc zwrot oryginału gwarancji do wystawcy, aby ten uznał, że jego zobowiązanie nie istnieje. W sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje ważnym i skutecznym oryginalnym oświadczeniem gwaranta - co do zapłaty wadium, realizowanie uprawnień zamawiającego – jako beneficjenta tej gwarancji mogłoby okazać się niemożliwe, niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie. Ponadto z braku tego dokumentu, zamawiający nawet nie był w stanie stwierdzić, czy obejmuje on zobowiązanie gwaranta do zapłaty wadium w sytuacjach opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób w pełni zasadny wykluczył odwołującego z postępowania za nie załączenie do złożonej oferty gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 88/14-182/2012/BY, co jest równoznaczne z niewykazaniem wniesienia wadium. Zarzut naruszenia

przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania nie znalazł potwierdzenia.

Powyższe przesądza zarazem o braku interesu po stronie odwołującego do kwestionowania innych ofert złożonych w postępowaniu, gdyż oferta odwołującego z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako wykonawcy wykluczonego, uznana być musi za odrzuconą, bez możliwości dokonania jej wyboru.

Ad. Zarzut 2.A. Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Laguna Sp. z o. o.

Rozdział V pkt 1 ppkt 2) SIWZ, zamawiający uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym czasie) potwierdzi należyte wykonanie usług na łączną wartość brutto min. 1.000.000,00 PLN polegających na odbieraniu, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, odpadów komunalnych z nieruchomości.

Rozdział VI pkt 1 lit. c SIWZ, w wykazie głównych usług wykonawca miał wskazać usługi na łączną wartość brutto min. 1.000.000,00 PLN polegające na odbieraniu, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, odpadów komunalnych z nieruchomości oraz załączyć dowody potwierdzające, że usługi te wykonane zostały należycie, a w odniesieniu do nadal wykonywanych usług ciągłych - dowody, że usługi są wykonywane należycie, wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykaz głównych usług (str. 45 oferty wykonawcy Laguna) zawiera 3 pozycje, w tym poz. 1) usługa zrealizowana na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej "DOLINKI" w Gorzowie Wielkopolskim o łącznej wartości 1.672.230,23 zł

List referencyjny z dnia 21 sierpnia 2014 r. (str. 46 oferty Laguna) zawiera informacje, że w okresie od 28 sierpnia 2011 r. do 30 czerwca 2013 r. firma Laguna Sp. z o. o. wykonała usługi o łącznej wartości 1.672.230,23 zł. Ponadto zawiera oświadczenie wystawiającego, że: „biorąc pod uwagę dotychczasową wieloletnią współpracę, która cechuje się rzetelnością i fachowością z przekonaniem polecamy "LAGUNA" sp. z o.o. jako partnera godnego zaufania i realizacji tego typu usług”.

Zarzut 2A nie podlegał uwzględnieniu.

Wykonawca Laguna Sp. z o. o. wykazał usługi na łączną wartość brutto przekraczające minimum 1 000 000,00 PLN polegające na odbieraniu, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, odpadów komunalnych z nieruchomości oraz załączył dowody potwierdzające, że usługi te wykonane zostały należycie. Wymóg wartości brutto -

jak wynika z Rozdział VI pkt 1 lit. c SIWZ, tj. jego literalnego brzmienia – nie odnosił się do pojedynczej usługi, ale do wszystkich usług wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przez danego wykonawcę. Spółdzielnia Mieszkaniowa "DOLINKI" w Gorzowie Wielkopolskim potwierdziła należyte wykonywanie usług przez wykonawcę Laguna, o czym świadczy treść referencji: „biorąc pod uwagę dotychczasową wieloletnią współpracę, która cechuje się rzetelnością i fachowością z przekonaniem polecamy” LAGUNA” sp. z o.o. jako partnera godnego zaufania i realizacji tego typu usług”.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, gdyż wzywanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia było zbędne. Rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie narzuca konkretnej treści poświadczeń, potwierdzających, że usługi referencyjne zostały wykonane należycie. W ocenie Izby, omawiane referencje stanowią wystarczający dowód w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wiarygodnie poświadczający, że wymienione w jego treści oznaczone usługi zbierania i zagospodarowania odpadów w okresie 28.08.2011 r. do 30.06.2013 r. o konkretnej wartości 1.672 230,23 zł zostały wykonane należycie.

Zarzut 4 petitum odwołania - zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Laguna, po uprzednim wezwaniu wykonawcy Laguna do uzupełnienia dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług (Załącznik nr 4 do SIWZ) nie znajdował żadnych podstaw. Gdyby nawet założyć, że zasadnym byłoby wezwanie wykonawcy Laguna do uzupełniania dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, stawianie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Laguna byłoby przedwczesne i nieuzasadnione – nie można przypisać zamawiającemu zaniechania dokonania czynności oceny oferty wykonawcy Laguna z ewentualnymi uprzednimi wyjaśnieniami i uzupełnieniami dokumentów, co czyni także zupełnie bezprzedmiotowe żądania, aby Izba nakazała wykluczenie wykonawcy Laguna z postępowania, po uprzednim wezwaniu Laguna do uzupełniania dowodów należytego wykonania usług wymienionych w wykazie głównych usług. Izba, bowiem nie może orzekać na „wszelki wypadek” – czyli na ewentualność, że wykonawca wezwany nie uzupełni żądanych dokumentów. Wyrok zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp może odnosić się do ewidentnych zaniechań zamawiającego obowiązkowi nakazanym ustawą, biorąc pod uwagę daną fazę postępowania przetargowego, bądź do przeprowadzonych czynności z obrazą przepisów ustawy Pzp.

To samo stanowisko Izba odnosi do innych zarzutów wymienionych w punkcie 6,8,10 odwołania.

Jak była mowa wyżej, w związku z zasadnym wykluczeniem odwołującego z postępowania – nie zachodzi po jego stronie wykazanie przesłanek naruszenia interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ad. Zarzut 2.B. Zaniechania wezwania wykonawcy Laguna Sp. z o. o. do wyjaśnienia elementów ceny oferty.

Protokół postępowania podaje, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 27 948 500,00 zł brutto.

1. Odwołujący wyznaczył cenę oferty: 30 961 574,20 zł brutto,
2. Oferta Ragn-Sells Polska Sp. z o. o. podaje cenę – 29 115 774,00 zł brutto,
3. Oferta Veolia Usługi dla Środowiska S.A. podaje cenę – 28 576 855,58 zł.
4. Oferta firmy Laguna Sp. z o. o. podaje cenę - 24 264 502,56 zł brutto.

Firma Laguna Sp. z o. o. świadczy aktualnie na lokalnym rynku usługi z zakresu zbierania i zagospodarowywania odpadów komunalnych.

Zarzut 2B nie podlegał uwzględnieniu.

Jako wskazówki interpretacyjne stosowania przepisów dotyczących ustalania podstaw rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy, mogą służyć zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. w którym to akcie ustawodawca zmienił także art. 90 ust. 1 ustawy i nadał mu treść: „Art. 90 ust. 1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a 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.” Przepisy te zostały wprowadzone ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) i wchodzi w życie 19 października 2014 r.

Cena oferty firmy Laguna Sp. z o. o. - 24 264 502,56 zł brutto, nie jest niższa o ponad 30% od średniej cen ofert, wynoszącej ok. 28 229 676 zł, ani nie jest niższa o 30% względem kwoty, którą zamierza zamawiający przeznaczyć na wykonanie zamówienia 27 948 209,76 zł Jest niższa od średniej ceny złożonych ofert około 14% i niższa od względem szacunkowej wartości zamówienia o około 13% – nie spełnione są więc przesłanki by uznać ją za budzącą uzasadnione wątpliwości co możliwości wykonania zamówienia zgodnie z postawionymi wymaganiami, szczególnie w świetle przywołanych zmian ustawodawczych. Z definicji ustawowej, zamawiający nie miał, więc podstaw do wszczynania

procedury wyjaśniania przez wykonawcę Laguna Sp. z o. o. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Irrelevantne pozostawało, że odwołujący przy kalkulowaniu ceny własnej oferty przyjął odmienne od wybranego wykonawcy założenia kalkulacyjne, w tym, co do marży zysku, kosztów pracy, czy utrzymania pojazdów. Jedynym elementem, który jednolicie musieli uwzględnić w kalkulacji ceny wykonawcy – była cena wyznaczona przez RIPOK za przyjmowanie odpadów. Nie bez znaczenia pozostawała wiedza zamawiającego, że wykonawca Laguna Sp. z o. o. działa od wielu lat na lokalnym rynku w sektorze zagospodarowania odpadów, ma zorganizowane własne zaplecze i za zbliżone ceny z pozytywnym skutkiem realizuje tego rodzaju zamówienia.

Zamawiający nie naruszył art. 90 ust 1 - 3 oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp, gdyż nie był zobligowany wzywać wykonawcy Laguna Sp. z o. o do wyjaśnienia ceny oferty. Wybór oferty firmy Laguna Sp. z o. nie narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, brak po stronie odwołującego brak interesu w skarżeniu konkurencyjnych ofert, skoro podlegał wykluczeniu z postępowania.

Ad. Zarzut 3. Zaniechania wykluczenia wykonawcy Veolia Usługi dla Środowiska S.A.

W dokumentach oferty Veolia Usługi dla Środowiska S.A. na potwierdzenie niekaralności prezesa zarządu spółki p. Y. R. B., którego miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (5 rue Raspail 18100 Vierzon, Francja), wykonawca Veolia Usługi dla Środowiska S.A. złożył dokument informacji z Krajowego Rejestru Karnego wraz z wydrukiem z systemu ECRIS, potwierdzający odpowiedź francuskiego rejestru karnego *National Criminal Records (France)* na zapytanie polskiego KRK o niekaralności ww. osoby.

Zarzut 3 nie podlegał uwzględnieniu.

Zgodnie z normą wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Dotyczy to urzędujących członków organu zarządzającego zarówno wykonawców mających siedzibę na terenie kraju, jak i mających siedzibę poza terytorium RP.

W przypadku wykonawcy zagranicznego zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) - jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, członkowie organu zarządzającego mają miejsce zamieszkania poza terytorium RP, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (...) ofert, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Niewątpliwie dla członka zarządu spółki zarejestrowanej w Polsce, który posiada miejsce zamieszkania na terytorium Francji, właściwym dokumentem potwierdzającym niekaralność tej osoby - jest wyciąg z "bulletin n° 3" wydawany przez "Service du casier judiciaire" na terenie Francji.

Należało jednak uwzględnić nowelizację ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym i wydane na tej podstawie akty wykonawcze.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 kwietnia 2012 r. z delegacji art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym – w sprawie wzoru formularza zapytania o udzielenie informacji pochodzących z rejestru karnego i odpowiedzi na zapytanie, wykorzystywanego między organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 487) określa wzór formularza zapytania o udzielenie informacji pochodzących z rejestru karnego innych państw UE. Zapytanie może pochodzić od osoby ubiegającej się o dotyczące jej dane z rejestru karnego. W zapytaniu określa się cel, któremu te informacje mają służyć.

Z kolei rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie wykazu kodów stosowanych przy przekazywaniu za pośrednictwem systemu ECRIS informacji dotyczących kwalifikacji prawnej czynu zabronionego przyjętej w orzeczeniu oraz orzeczonych kar (...) (Dz. U. z 2012 r., poz. 367) wprowadza ujednolicone kody kwalifikacji prawnej czynów zabronionych. System ECRIS opiera się na elektronicznej wymianie informacji pomiędzy organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej. W Polsce takim organem został wyznaczony Krajowy Rejestr Karny. System ECRIS ma zastosowanie do postępowań karnych i administracyjnych. W ramach systemu mogą być

przesyłane też dane o karalności do celów zatrudnienia, zgłoszone przez uprawnionych pracodawców lub przez osoby fizyczne.

W ocenie Izby złożony w ofercie firmy Veolia Usługi dla Środowiska S.A. na potwierdzenie niekaralności prezesa zarządu spółki p. Y. R. B., którego miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (5 rue Raspail 18100 Vierzon, Francja), dokument informacji z KRK wraz z wydrukiem z systemu ECRIS, potwierdzający odpowiedź francuskiego rejestru karnego *National Criminal Records (France)* na zapytanie polskiego KRK o niekaralności ww. osoby, jest właściwy i wystarczający. Dane te pochodzą bowiem z systemu francuskiego "bulletin n° 3" wydawanego przez "Service du casier judiciaire", a więc zgodnie z przywoływanym wyżej przepisem § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Polski Krajowy Rejestr Karny jest pośrednikiem w uzyskaniu tych danych i ich udostępnieniu osobie uprawnionej. Krajowy Rejestr Karny działa w granicach upoważnienia ustawowego, a dane z tego źródła są w pełni wiarygodne. Odwołujący nie podnosił zarzutu, iż wymienione poświadczenie o niekaralności p. Yves Radek Basset, zostało wydane do innych celów niż udział podmiotu Veolia Usługi dla Środowiska S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wprost z zapytania osoby zainteresowanej wynika, że wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie - odnosi się do art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i pkt 10 i 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

W ocenie Izby, firma Veolia mogła posłużyć się polskim dokumentem informacji o niekaralności członka zarządu wraz z wzmianką o niekaralności na terytorium Francji uzyskanym za pośrednictwem systemu ECRIS, mimo że we Francji możliwe jest uzyskanie takiego zaświadczenia z "bulletin n° 3", skoro na szczeblu państw członkowskich UE zostało stworzone odpowiednie narzędzie techniczne i prawne do wzajemnego udostępniania danych na temat karalności osób zamieszkujących w państwach członkowskich.

Brak jakichkolwiek podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 26 ust 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy Veolia do uzupełniania właściwego dokumentu "bulletin n° 3" wystawionego we Francji na potwierdzenie niekaralności prezesa zarządu Y. R. B., którego miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto odwołujący, jako wykonawca zasadnie wykluczony z postępowania nie wykazał legitymacji do ponoszenia powyższych zarzutów.

Zarzut 4, że pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę wykonawcy Ragn - Sells Polska Sp. z o. o. nie obejmuje upoważnienia do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów składanych wraz z ofertą - nie podlegał uwzględnieniu.

Skoro p. M. R. posiadała pełnomocnictwo do "złożenia oferty oraz podpisania załączników z nią związanych", tym samym posiadała upoważnienie do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych w formie odpisu, kserokopii – jako, że obejmuje ono podpisywanie - bez rozróżnienia wszystkich załączników związanych ze złożeniem oferty. Pełnomocnictwo zamieszczone na stronie 23 oferty Ragn-Sells Polska Sp. z o. o. upoważnia do wykonywania wszelkich czynności związanych z uczestnictwem w przetargu w imieniu tej Spółki. Wprost w treści dokumentu podano, że pełnomocnictwo upoważnia do złożenia oferty i wszelkich załączników z nią związanych, a więc także poświadczania za zgodność z oryginałem odpisów pism stanowiących załączniki do oferty.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności zarzutów czynionych zamawiającemu naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 90 ust 1 - 3 oraz art. 91 ust 1 ustawy i zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę, w oparciu o złożone rachunki, stosownie do § 3 pkt 2 i § 5 ust.3 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

