

Sygn. akt: KIO 2151/17

WYROK

z dnia 30 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Płytowej 1 (03-046 Warszawa), **D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Partner D.A.** w Warszawie przy ul. Płytowej 1 (03-046 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Miejską Legionowo**, ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 41 (05-120 Legionowo) przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **MS-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Modlińskiej lok. 107 (03-186 Warszawa), **EKO-MAX Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Modlińskiej lok. 107, **PUK Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Siedlcach przy ul. Brzeskiej 110 (08-110 Siedlce) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2151/17

Uzasadnienie

2

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Miejską Legionowo na *odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w Gminie Miejskiej Legionowo* (nr ref.: RZ.271.31.2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2017 r. nr 2017/S 143-294718, wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum w składzie MS-EKO Sp. z o.o., EKO-MAX Recykling Sp. z o.o., PUK Serwis Sp. z o.o., Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Partner sp. z o.o., D.A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D.A. wnieśli w dniu 13 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2151/17).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców w dniu 3.10.2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z

2017 r., poz. 1289) poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum MS-EKO w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał w ofercie regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych uwzględnionej w WPGO dla województwa mazowieckiego, do której zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g. zobowiązany jest bezpośrednio przekazać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zielone;

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MS-EKO mimo, iż Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje o braku karalności Członka Rady Nadzorczej Spółki EKO-MAX Recykling M.Ch., co z kolei wykluczyło możliwość uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w tym zakresie, w szczególności uzupełnienia „samoczyszczenia” przedstawianego na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp;
3. naruszenie art. 24 ust. 9 i 8 w zw. z art. 7 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za wystarczające dowody przedstawione przez Konsorcjum MS-EKO na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MS-EKO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp;
4. naruszenie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za wystarczające złożenie informacji z KRK dotyczącej Członka Rady Nadzorczej PUK Serwis Sp. z o.o. Pana K.R. z dnia 25.09.2017 r., gdy tymczasem dokument ten nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia wykazanych w JEDZ na dzień złożenia oferty;

3

-
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MS-EKO mimo, iż Konsorcjum składając ogólnikowe wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp bez jakichkolwiek dowodów, nie obaliło domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;
 6. naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ponowne zwrócenie się przez Zamawiającego do Konsorcjum MS-EKO w celu złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny, w sytuacji gdy wobec lakonicznych pierwszych wyjaśnień ceny, w tym braku dowodów, wyjaśnienia te należało uznać jako niezłożone w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp;
 7. naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum MS-EKO w odniesieniu do wyjaśnień ceny złożonych w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego, w sytuacji gdy nie zostały wykazane wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum MS-EKO, wykluczenia Konsorcjum MS-EKO z postępowania, ewentualnie wezwanie Konsorcjum MS-EKO do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp informacji KRK dla Pana K.R. potwierdzającej brak podstaw do wykluczenia na dzień złożenia oferty, odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MS-EKO w odpowiedzi na drugie wezwanie, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert zakończonej wyborem oferty Odwołującego.

Zarzut niezgodności oferty Konsorcjum MS-EKO z siwz Odwołujący wywodzi z braku wskazania w załączniku nr 4 do siwz instalacji regionalnej do odbioru odpadów zielonych odebranych od właścicieli nieruchomości. Wykaz takich instalacji („regionalne instalacje do przetwarzania odpadów zielonych – kompostownie”) zawiera uchwała w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza. Zgodnie z art. 6d ust. 4 i 5 ucpg wykonawcy są zobowiązani do szczegółowego określenia w ofercie instalacji, do których podmiot odpierający odpady jest zobowiązany je przekazać, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych. Na tej podstawie Zamawiający zobowiązał wykonawców do wypełnienia załącznika nr 4 do siwz – wykaz instalacji, wskazując jednocześnie, iż w przypadku niezłożenia tego załącznika oferta podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co oznacza, iż wykaz instalacji stanowił istotną treść oferty. Wskazanie w ofercie instalacji, która nie pozwala na prawidłową, zgodną z prawem realizację przedmiotu zamówienia świadczy o niezgodności oferty z siwz.

Konsorcjum MS-EKO w załączniku wskazało jedynie instalację Remondis Sp. z o.o., która nie posiada i nie posiadała statusu instalacji regionalnej dla odpadów zielonych, Spółka Remondis nie dysponuje też taką instalacją w województwie mazowieckim, instalacją taką nie dysponują także członkowie Konsorcjum MS-EKO. Zobowiązanie Konsorcjum MS-EKO nie obejmuje więc zagospodarowania odpadów zielonych, co jest kluczowym elementem przedmiotu zamówienia. Stąd Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum MS-EKO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd argumentacja Odwołującego dotyczyła oświadczenia Konsorcjum MS-EKO złożonego w JEDZ, w którym potwierdziło, iż członkowie organów zarządzających i nadzorczych nie byli karani. Tymczasem na wezwanie do złożenia dokumentów przedstawiona informacja z KRK dla Członka Rady Nadzorczej Spółki EKO-MAX – p. M.Ch. o jego karalności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 (przestępstwo skarbowe). Wezwanie jakie skierował Zamawiający do Konsorcjum o uzupełnienie oświadczenia w JEDZ (pismo z 26.09.2017 r.) potwierdzało, że Wykonawca na tym etapie postępowania podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp. Pomimo tego, pismem tym Zamawiający poinformował Konsorcjum MS-EKO, że może złożyć w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, tj. tzw. „samooczyszczenia” dowody, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności podjęte zostały środki zapobiegające dalszym przestępstwom. Konsorcjum w uzupełnionym JEDZ przedstawiło informacje dotyczące skazania oraz środków podjętych w celu wykazania swojej rzetelności, w tym między innymi złożoną w dniu 22.09.2017 r. rezygnację skazanej osoby z funkcji Członka Rady Nadzorczej EKO-MAX Recykling, wniosek do KRS o wykreślenie z rejestru p. Ch. z dnia 27.09.2017 r. oraz dwie umowy na obsługę księgową. Zamawiający uznał te dowody za wystarczające. Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy Konsorcjum MS-EKO nie tylko zataiło w JEDZ przypadek skazania członka organu zarządzającego, ale na dzień składania JEDZ nie przedsięwzięło jakichkolwiek środków w celu wykazania swojej rzetelności, nie mogło dojść do samooczyszczenia w JEDZ. Przy istnieniu podstawy do wykluczenia z postępowania Wykonawca powinien był w JEDZ przyznać fakt karalności członka organu nadzorczego i przedstawić „samooczyszczenie” w trybie art. 24 ust. 8 Pzp. Mając na uwadze, że Konsorcjum MS-EKO złożyło Zamawiającemu informację nieprawdziwą (wprowadzającą Zamawiającego w błąd) i że owa wadliwość dotyczy informacji istotnej z punktu widzenia postępowania, mogącej mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. informacji istotnej dla oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu przyjąć należy, że Konsorcjum MS-EKO podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a informacja podana w JEDZ w tym zakresie nie mogła być zastąpiona informacją prawdziwą w trybie art.

26 ust. 3 Pzp, uzupełnioną o dokumenty w ramach „samooczyszczenia”. Powyższe wypełnia przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Konsorcjum MS-EKO można przypisać zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo przy potwierdzeniu, że oświadczenie zawarte w JEDZ są prawdziwe, że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd, przy czym przypisać można co najmniej niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Oceny, czy zachowanie miało znamiona lekkomyślności/niedbalstwa należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 k.c., tj. zawodowej staranności wykonawcy, co uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp znajdzie zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie mógł mieć zastosowania, jeśli w jego wyniku miałyby dojść do zmiany informacji nieprawdziwej na informację prawdziwą i nie może służyć do „samooczyszczenia”, jeżeli w JEDZ nie zawarto informacji o skazaniu. Przepisy Pzp mają na celu niewykluczenie z udziału w postępowaniu rzetelnych wykonawców, którzy wprowadzili formalnie nie spełniają któregoś z warunków, ale sami z własnej inicjatywy przedstawiają te

okoliczności w JEDZ i opisują środki zaradcze. Zamawiający może wezwać wykonawcę do przedstawienia dowodów potwierdzających skuteczność tych środków, ale nie w sytuacji, gdy wykonawca wprowadzając go w błąd oświadczył w JEDZ składanym razem z ofertą, że nie istnieją podstawy wykluczenia go z postępowania.

W zakresie zarzutu niedostatecznego „samooczyszczenia”, które powinno prowadzić do wykluczenia Konsorcjum MS-EKO z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący kwestionuje ocenę, że przedstawione na wezwanie Zamawiającego z dnia 26.09.2017 r. dowody są wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 Pzp. W ocenie Odwołującego środki w celu wykazania rzetelności muszą być podjęte przed złożeniem JEDZ, a nie dopiero po tym jak Zamawiający stwierdzi po ocenie dokumentów złożonych przez wykonawcę istnienie przesłanki do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, a wykonawca dopiero wraz z dowodami dokonuje „samooczyszczenia”. Sprzeczne nie tylko z wykładnią językową zwrotu „wykonawca przedsięwziął, podjął środki”, ale także celowościową byłoby przyjęcie, że możliwe jest podejmowanie owych środków dopiero, gdy zamawiający zauważy zaistnienie przesłanek do wykluczenia. Należy wyraźnie odróżnić moment, w którym należy podjąć działania mające na celu samooczyszczenie (rozumiane jako środki zaradcze, które będą gwarantować rzetelność wykonawcy), od momentu przedłożenia dowodów na podjęcie takich środków. Skazany członek Rady Nadzorczej

6

zrezygnował z funkcji dopiero w dniu 22.09.2017 r., z oświadczenia o rezygnacji nie wynika, jakie były rzeczywiste jej powody, a przede wszystkim rezygnację złożył Członek Rady Nadzorczej nie doszło więc nawet do sytuacji, że EKO-MAX Recykling odwołał owego członka Rady Nadzorczej. Innymi słowy, z dowodów wynika wprost, że nie podjął on środków kadrowych, aby zapobiec przestępstwom – nie zerwał wcześniej do dnia złożenia

oferty więzi z Panem Ch., mimo że ten został skazany w grudniu 2016 r. Dopiero wskutek pism Zamawiającego Pan Ch. zrezygnował z funkcji członka Rady Nadzorczej. Przedłożone, jako dowody umowy z biurem księgowym (z dnia 01.07.2013 r.) oraz agencją księgową (31.01.2013 r.) nie mogą być uznane za środki, o których mowa w art. 24 ust.8 Pzp, bowiem przestępstwo, któremu miały zapobiegać stwierdzono dopiero wyrokiem z dnia 27 grudnia 2016 r. Dotyczą one typowych usług księgowych i rachunkowych, nadto umowa z 01.07.2010 r. zawarta jest zespółką MTM Logistics Sp. z o.o., która się o to zamówienie nie ubiega. Wykonawca nie przedstawił innych środków, np. procedur wewnętrznych które obowiązują przy badaniu kwalifikacji kandydatów na członków rady nadzorczej, czy też regulujące kwestię skazania urzędującego członka rady nadzorczej. Ponieważ Konsorcjum MS-EKO do momentu wezwania Zamawiającego akceptowało przez wiele miesięcy pełnienie funkcji przez członka Rady Nadzorczej przez osobę skazaną, brak jest podstaw do złożenia „samooczyszczenia” w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego informacji z KRK wystawionej w dacie przypadającej po dniu złożenia oferty Odwołujący odniósł się do wskazanej w art. 25a ust. 1 Pzp „aktualności” oświadczenia składanego w JEDZ oraz dokumentów składanych na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Aktualność w przywołanych przepisach oznacza, że od momentu złożenia oświadczenia w JEDZ co do braku podstaw do wykluczenia, do dnia złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, stan braku podstaw do wykluczenia nadal utrzymuje się, jest aktualny. Nie oznacza to jednak, że oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia nie muszą potwierdzać oświadczenia złożonego w JEDZ, mającego charakter wstępny. Informacja z KRK z adnotacją „nie figuruje” potwierdza jedynie brak karalności na moment wystawienia tego dokumentu. Nie wiadomo więc, czy wykonawca, który składa informację KRK wystawioną po terminie składania ofert nie podlegał wykluczeniu w dniu złożenia oferty, czy jego oświadczenie w JEDZ było prawdziwe i aktualne. W ocenie Odwołującego, koniecznym jest złożenie zaświadczenia z KRK potwierdzającego brak karalności nie później niż w dniu składania ofert, przy dodatkowym założeniu, że informacja ta na moment jej złożenia jest nadal aktualna. Ponieważ Konsorcjum MS-EKO przedłożyło w dniu 19.09.2017 r. informację z KRK dla Członka Rady Nadzorczej Spółki PUK Serwis p. K.R. wystawioną w dniu 25.09.2017 r., co

7

odzwierciedlało jedynie stan po terminie składania ofert, chociaż dokument ten miał, w ocenie Odwołującego, potwierdzać okoliczność (brak podstaw do wykluczenia) nie tylko na moment złożenia tego dokumentu, ale też na moment złożenia oferty, w tym oświadczenia JEDZ o braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum MS- EKO do uzupełnienia informacji KRK

w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MS-EKO Odwołujący zasadniczo opierał na ocenie pierwszych wyjaśnień z dnia 7.09.2017 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 5.09.2017 r. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te były lakoniczne i ogólnikowe i nie mogły rozwiać wątpliwości, co przyznał sam Zamawiający w kolejnym wezwaniu skierowanym w piśmie z dnia 7.09.2017 r. Konsorcjum MS-EKO w wyjaśnieniach z 7.09.2017 r. nie powołało jakichkolwiek dowodów, chociaż nimi dysponowało na co wskazało w piśmie. Nie przedłożyło kalkulacji ceny, do której się odwołało. Nie było wystarczającym opisaniem w wyjaśnieniach cen jednostkowych w przeliczeniu na 1 mieszkańca czy 1 km transportu, co stanowiło w istocie rozbić ceny ofertowej. Dalej Odwołujący omówił treść wyjaśnień z dnia 6.09.2017 r., wytkając między innymi brak informacji na temat wysokości kosztów zagospodarowania odpadów, kosztów transportu, zatrudnienia pracowników, prowadzenia PSZOK. Kwestionował również element dotyczący przychodów z odpadów selektywnie zebranych, w tym przychodów z wytwarzanego paliwa alternatywnego, za którego odbiór obecnie trzeba zapłacić podmiotowi odbierającemu.

Odwołujący jednocześnie zakwestionował zasadność skierowania po raz drugi wezwania do złożenia wyjaśnień, których treść Wykonawca zastrzegł jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Kolejne wezwanie było możliwe, gdyby miało na celu wyjaśnienie wątpliwości, które zrodziły się po analizie pierwszych wyjaśnień i nie mogło służyć de facto złożeniu nowych wyjaśnień. W sytuacji, gdy wyjaśnienia nie pozwalały przyjąć, że cena nie jest rażąco niska, Zamawiający powinien być tą ofertę odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił także brak odtajnienia uzupełniających wyjaśnień, z uwagi na brak wystąpienia przesłanek do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił, iż wyjaśnienia mają taki charakter, pomimo braku wykazania zasadności zastrzeżenia, nie później niż w terminie składania ofert. Jawna część wyjaśnień ceny, zawiera wyłącznie ogólnie utarte sformułowania, których nie można skategoryzować, jako wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do

8

gry konkurencyjnej wykonawców, a jego wyłącznym zadaniem jest zapewnienie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w ścisłych granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 4 uznk. Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią drugich wyjaśnień, stąd zarzut rażąco niskiej ceny opiera wyłącznie na pierwszych wyjaśnieniach, wskazując jednocześnie na bezzasadność odtajnienia drugich wyjaśnień, po zapoznaniu z którymi mógłby sformułować zarzut rażąco niskiej ceny, który podnosi z ostrożności.

Do postępowania odwoławczego w dniu 19.10.2017 r. przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum MS-EKO. Izba dopuściła na posiedzeniu niejawnym do udziału w postępowaniu uczestnika przystępującego po stronie Zamawiającego. Odwołujący na posiedzeniu Izby podtrzymał w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody

w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. W świetle stanu faktycznego, w którym oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a wybraną ma być oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu (oferta podlegająca odrzuceniu), kwestionowanie czynności Zamawiającego ma na celu doprowadzenie do prawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący posiadał zatem, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, których utrzymanie w mocy oznaczałoby, iż utraciłby on szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Konsorcjum MS-EKO i jego wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń

9

faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot niniejszego postępowania stanowi usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w Gminie Miejskiej Legionowo. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 16.465.054,40 zł. netto, uwzględniającą zamówienia dodatkowe i uzupełniające o wartości 3.293.010,88 zł, przyjmując jako podstawę szacunków wydatki na tożsame usługi z ubiegłego roku lub poprzednich 12 miesięcy skorygowane o wskaźnik inflacji.

Zamawiający w siwz wymagał wyceny całości prac w formularzu oferty, ujętej w cenie brutto oferty za miesiąc świadczenia usługi. W formularzu oferty wykonawcy wskazywali poza ceną, między innymi deklarowaną częstotliwość odbioru odpadów zielonych z terenów zabudowy jednorodzinnej, częstotliwość odbioru choinek. Załącznikiem do oferty był *Wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odbierane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 1593 z późn. zm.)*. Zamawiający w załączniku tym wskazał, iż dokument ten nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a oferta wykonawcy, który nie złożył tego dokumentu podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców, oferujących cenę za miesiąc świadczenia usługi na poziomie: 1.093.919,90 zł (PPHU Lekaro J.Z.), 660.000,00 zł (konsorcjum Parnter), 744.820,92 zł. (Remondis), 855.017,64 zł. (Suez), 700.227,72 zł (konsorcjum Byś), 519.000,00 zł (konsorcjum MS-EKO). Odnosząc cenę Konsorcjum MS-EKO do średniej cen wszystkich złożonych ofert (762.164,36 zł) odbiega ona o 31,90%.

Zamawiający pismem z dnia 5.09.2017 r. wezwał Konsorcjum MS-EKO do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która budziła wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wskazał, iż jego wątpliwości są wywołane poziomem różnicy ceny do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W dalszej treści wezwania Zamawiający w sposób obszerny zaprezentował wytyczne płynące z judykatury, które pozwolą uznać wyjaśnienia za wystarczające. Wezwanie zakończone zostało wskazaniem na konieczność złożenia „stosownych umotywowanych wyjaśnień i podanie na jakiej podstawie została ustalona przez wykonawcę cena ofertowa brutto oraz udowodnienie rzetelności kalkulacji ceny”. W pouczeniu Zamawiający wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1a Ustawy jest złożenie wyjaśnień

10

na tyle szczegółowych i umotywowanych, aby wątpliwości Zamawiającego uległy rozwiązaniu. Zamawiający wyznaczył termin na wyjaśnienie do dnia 7.09.2017 r.

W piśmie z dnia 6.09.2017 r. (złożonym Zamawiającemu 7.09.2017 r.) Konsorcjum MS-EKO odniosło się do kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia do końca 2017 r. (1.600.022.00 zł brutto, tj. ok. 535 tys zł miesięcznie) oraz ceny za jaką dotychczas realizowana jest usługa (522.421,03 zł) i to przy większym jej zakresie (dotychczas w ramach usługi dostarczane są worki oraz pojemniki). W dalszej części

wyjaśnień w sposób opisowy w 12 podpunktach prezentowane były założenia przyjęte do kalkulacji, w tym wyliczenie kosztu świadczenia usługi w przeliczeniu na mieszkańca – 2,50 zł brutto, 1 km w zależności od typu pojazdu – od 3,50 zł. do 5.50 zł. Do wyliczenia Wykonawca przyjął średnią trasę do pokonania w trakcie realizacji zamówienia od 50 do 20 km, uwzględniając własną wiedzę i doświadczenie oraz dane topograficzne i statystyczne ogólnie dostępne, w tym dane o zakresie przedmiotowej usługi (ilości gospodarstw, ilości i rodzaju wytwarzanych odpadów, struktury zabudowy). Wykonawca uwzględnił również przychód jaki wiąże się z zebranych odpadów selektywnych, na poziomie nie mniejszym niż 90 zł za tonę (nie mniejszy niż 1,00 zł netto miesięcznie w przeliczeniu na 1 mieszkańca). Zaoferowana cena uwzględnia zysk na poziomie 7%, który nie uwzględnia przychodów z tytułu pozyskanych surowców nadających się do recyklingu. Wykonawca zastrzegł te informacje w ostatnim fragmencie pisma zamieszczając jedno zdanie, bez dalszego wykazania przesłanek do uznania wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający odtajnił te informacje i udostępnił treść wyjaśnień Odwołującemu.

Zamawiający pismem z dnia 7.09.2017 r. wezwał Konsorcjum MS-EKO do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących przyjętej ceny za miesięczny okres wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 12 do siwz.

Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowej kalkulacji dotyczącej ceny zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawca miał złożyć do 8.09.2017 r.

Przedłożone na wezwanie wyjaśnienia uzupełniające Konsorcjum w całości zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wraz z ofertą Konsorcjum MS-EKO złożyło wypełniony formularz JEDZ współkonsorcjanta EKO-MAX Recykling Sp. z o.o., w którym w części III *Podstawy wykluczenia*, lit. A *Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo* konsorcjant udzielił odpowiedzi „NIE” na pytanie dotyczące wydania prawomocnego wyroku skazującego (sprzed najwyżej pięciu lat) w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub

11

kontrolne. Wraz z ofertą Konsorcjum MS-EKO przedłożyło wypełniony załącznik nr 4 do siwz – wykaz instalacji, w którym wskazało jedną instalację zarządzaną przez Remondis Sp. z o.o., tj. Zakład mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych m. st. Warszawa, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa.

Po zakończonej ocenie ofert Zamawiający w dniu 12.09.2017 r. skierował do Konsorcjum MS-EKO wezwanie *do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia*, w tym między innymi informacji z KRK w zakresie określonym a art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 25.09.2017 r. Konsorcjum MS-EKO w uzupełnieniu odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.09.2017 r. przedłożyło aktualne na dzień ich złożenia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym informację z KRK dla członków Rady Nadzorczej PUK Serwis Sp. z o.o. oraz rezygnację M. Ch. z funkcji członka Rady Nadzorczej EKO-MAX Recykling Sp. z o.o.

W dniu 26.09.2017 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał Konsorcjum MS-EKO do uzupełnienia dokumentu: JEDZ w zakresie rubryki III.A pkt 3, gdyż złożone na wezwanie zaświadczenie z KRK dla p. M. Ch. wchodzącego w skład Rady Nadzorczej EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. wskazuje, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Ustawy na dzień złożenia oferty, czego nie potwierdza oświadczenie złożone w JEDZ (zaznaczono odpowiedź NIE). Zamawiający pouczył o możliwości złożenia dowodów wskazujących, iż podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności, w szczególności naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, a także lub postępowaniu zapobiegające dalszym przestępstwom nieprawidłowemu wykonawcy. Odsyłając do motywu 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE środkami jakie może podjąć wykonawca są działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe

zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny.
28.09.2017 r. Konsorcjum MS-EKO przedłożyło uzupełniony formularz JEDZ wraz z załącznikami: dowód zapłaty w dniu 27.09.2017 r. nałożonej wyrokiem nakazowym kwoty 4.132.00 PLN; wyrok nakazowy z 27.12.2016 r., sygn. akt V K 583/16; rezygnację z funkcji członka Rady Nadzorczej EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. złożoną 22.09.2017r.;

12

zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek przez EKO-MAX Recykling Sp. z o.o.; umowy zawarte przez EKO-MAX Recykling sp. z o.o. na obsługę księgową z 2013 r.; wniosek o zmianę danych rejestrowych w KRS z 27.09.2017 r. W formularzu JEDZ dotyczącym EKO-MAX Recykling Sp. z o.o. (członka Konsorcjum MS-EKO), w części III dotyczącej podstaw wykluczenia, w lit. A – podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo, udzielono odpowiedzi TAK oraz podano szczegóły dotyczące skazania oraz przedsięwzięte środki w celu wykazania swojej rzetelności (samoooczyszczenie). Skazanie p. M. Ch. dotyczyło czynu popełnionego w okresie pełnienia w Hammel Polska Sp. z o.o. funkcji członka zarządu polegającego na podaniu nieprawdy w złożonych deklaracjach podatkowych za usługi od kwietnia do grudnia 2009 r. i dokonanego odliczenia podatku naliczonego wynikającego z wystawionych faktur. Wyrokiem tym uznano skazanego za winnego dokonania zarzucanego czynu wypełniającego dyspozycję art. 56 § 2 k.k.s w zb. z art. 62 § 2 k.k.s. w zw. z art. 6 § 2 k.k.s. w zw. z art. 9 § 3 k.k.s. w zw. z art. 7 § 1 k.k.s. i wymierzono karę grzywny w wymiarze 60 stawek dziennych. Zamawiający ocenił przedłożone dokumenty jako pozwalające uznać, iż Wykonawca podjął stosowne środki pozwalające przyjąć, iż pomimo skazania byłego członka Rady Nadzorczej współkonsorcjanta, Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie wszystkich rozpoznanych zarzutów.

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2017 r., poz. 1289) poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum MS-EKO w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał w ofercie regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych uwzględnionej w WPGO dla województwa mazowieckiego, do której zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g. zobowiązany jest bezpośrednio przekazać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zielone.

Odwołujący zarzut ten opierał na wykazaniu niezgodności oferty Konsorcjum MS-EKO z siwz w związku z treścią załącznika nr 4 do siwz, w którym wykonawcy mieli wskazać instalację RIPOK do której będą kierowane odpady komunalne, w tym odpady zielone. Konsorcjum MS-EKO wskazało jedną instalację Remondis Sp. z o.o., która nie ma statusu RIPOK do odbioru odpadów zielonych.

Oddalając zarzut Izba miała na uwadze treść siwz oraz ustalony na podstawie przedłożonych dowodów stan prawny dotyczący obowiązywania planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2022. Uchwałą nr 209/16 Sejmik Województwa

13

Mazowieckiego uchwalił plan wraz z załącznikami (w tym listą RIPOK), stanowiący podstawę do realizacji zadań w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie gmin z obszaru Województwa Mazowieckiego (uchwała obowiązywała od dnia jej podjęcia, tj. 19.12.2016 r.).
26.01.2017 r. Wojewoda Mazowiecki decyzją nadzorczą stwierdził nieważność uchwały nr 209/16 oraz uchwały nr 210/16 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z 19 grudnia

2016 r.

w sprawie wykonania planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2022, co wstrzymało wykonanie uchwał. Zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r., poz. 486, 1948 i 2260) rozstrzygnięcie nadzorcze uprawomocniło się z dniem rozstrzygnięcia skargi przez sąd administracyjny, co nastąpiło wyrokiem z 10.10.2017 r (sygn. akt IV SA WA 837/17). Skutkiem wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego jest wyeliminowanie z obrotu prawnego uchwał nr 209/16 oraz 210/16. Zgodnie z komunikatem Samorządu Województwa Mazowieckiego z 9.02.2017 r. zamieszczonym na

stronie internetowej, rozstrzygnięcie nadzorcze nie powoduje automatycznej możliwości przetwarzania odpadów w instalacjach i w regionach określonych uchwałą nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z 22 października 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 7849 z późn. zm.). Z przedłożonego na rozprawie postanowienia Ministra Środowiska z 14.07.2017 r. rozpoznającego zażalenie na postanowienie Marszałka Województwa Mazowieckiego o zawieszeniu z urzędu postępowania w sprawie wydania pozwolenia na prowadzenie instalacji wynika, iż do momentu uprawomocnienia się rozstrzygnięcia nadzorczego następuje wstrzymanie wykonania uchwały w zakresie stwierdzonej przez organ nadzoru nieważności uchwały organu Samorządu Województwa. Postanowienie to nie rozstrzyga spornej kwestii prawnej, jaką dla niniejszej sprawy ma uprawomocnienie się rozstrzygnięcia nadzorczego stwierdzającego nieważność uchwał nr 209/16 i 210/16, między innymi określających listę instalacji. W toku rozprawy strony złożyły zgodne oświadczenia, iż ostatecznie dla rozstrzygnięcia, czy dana instalacja będzie mogła odbierać odpady ma zezwolenie na jej prowadzenie, a nie wpis na listę instalacji. Ponieważ rozstrzygnięcie kwestii prawnej jaka wyłoniła się na tle tej sprawy nie leży w kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej, Izba zajęła stanowisko w oparciu o treść siwz oraz zobowiązanie wykonawcy złożone w ofercie. Na wstępie należy zauważyć, iż zamieszczony w siwz obowiązek wskazania przez wykonawców instalacji RIPOK wynika z nałożonych na Zamawiającego obowiązków wynikających z ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 1996, Nr 132, poz. 622 ze zm.). Na podstawie art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg Zamawiający zobowiązany był zamieścić w siwz zobowiązanie do wskazania w ofercie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady

14

od właścicieli nieruchomości będzie zobowiązany je przekazać. Zamawiający poza wskazaniem na konieczność złożenia wypełnionego załącznika nr 4 do siwz i konsekwencji braku tego dokumentu nie sprecyzował, a tym samym nie przesądził, jak szczegółowy powinien być ten wykaz, a także czy z jego złożeniem wiązała się konieczność zawarcia umowy na odbiór odpadów ze wskazanym zarządcą instalacji. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż brak tych danych czynił niejasnym sposób, w jaki należało wypełnić ten załącznik, aby uczynić zadość potrzebom Zamawiającego. Mając zatem na względzie dalsze zapisy umowy, w której Zamawiający przewidział, iż instalacja do której będą kierowane odpady zostanie ostatecznie wskazana przed zawarciem umowy, a także zastrzegł możliwość zmiany instalacji w trakcie realizacji umowy, należało przyjąć, iż załącznik nr 4 miał znaczenie jedynie informacyjne, a przede wszystkim nie stanowił wytycznej dla ustalenia zakresu świadczenia objętego treścią oferty. Niewątpliwie zakres świadczenia określony był w formularzu oferty zawierającym wycenę wraz z oświadczeniami dotyczącymi realizacji usługi, w tym między innymi częstotliwości odbioru m.in. odpadów zielonych. Do takiej oceny skłania również wskazanie w załączniku nr 4 na brak możliwości jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, co prowadzi do wniosku, iż oświadczenie wykonawcy nie miało znaczenia z punktu widzenia oceny usługi jako zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wywodził natomiast, z faktu wskazania w wykazie jednej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, iż Konsorcjum MS-EKO zobowiązało się do świadczenia usługi z wyłączeniem zagospodarowania odpadów zielonych. Z takim wnioskiem Izba się nie zgadza. Izba oddaliła zarzut, gdyż oferta Konsorcjum MS-EKO pozostawała w zgodzie z treścią siwz, w tym w szczególności zawierała wykaz instalacji mającej statut RIPOK dla zmieszanych odpadów komunalnych. Co istotne, argument na jakim Odwołujący opierał zarzut niezgodności oferty z siwz wynikał z interpretacji siwz w kontekście zapisów uchylonego Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza, którego elementem była lista instalacji mających status RIPOK. Odwołujący ostatecznie na rozprawie przyznał, iż wyznacznikiem możliwości wskazania danej instalacji jako RIPOK, jest decyzja na odbiór i przetwarzanie odpadów, a nie wpis na listę instalacji (w związku z uchyceniem uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami). Postawiona teza o braku wypełnienia obowiązku nałożonego na wykonawców przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. przekazania odpadów do RIOPOK, w ocenie Izby nie była prawidłowa. Przede wszystkim obowiązek opisany w art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg nie jest

adresowany do podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a to właśnie z naruszenia tej normy Odwołujący wywodził zarzut naruszenia obowiązku przekazania odpadów do RIPOK, w tym odpadów zielonych. Opisany tym przepisem

15

obowiązek dotyczy Zamawiającego i jest związany z przygotowaniem postępowania przetargowego, w którym albo Zamawiający określa w siwz RIPOK, do którego podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości będzie zobowiązany je przekazać (w przypadku przetargu na odbieranie odpadów) lub zobowiązuje w siwz wykonawców do wskazania takich instalacji w ofercie (w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów). Tym samym, aby mówić o niezgodności oferty Konsorcjum MS-EKO z siwz konieczne było wykazanie, iż zakres zobowiązania wykonawcy, czy też sposób wykonania przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego opisanym w siwz. Zakres świadczenia Wykonawcy wynika wprost z treści formularza ofertowego, w którym Wykonawca nie tylko wskazał cenę brutto za miesiąc wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z załącznikiem Nr 12 do siwz, ale także wskazał częstotliwość odbioru odpadów zielonych. W ocenie Izby z przedłożonych na rozprawie dowodów, w szczególności kopii decyzji nr 631/OŚ/2016 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 30.05.2016 r. wynika, iż Remondis Sp. z o.o. jest uprawniony do zbierania i magazynowania odpadów zielonych, m.in. na terenie stacji przeładunkowej. Zgodnie z art. 9e ust. 1c ucpg dopuszcza się przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o odpadach zakazuje się zbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych poza miejscem wytwarzania, z wyjątkiem stacji przeładunkowej prowadzonej przez odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub przez prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych lub prowadzącego ponadregionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych, a także z wyjątkiem zbierania odpadów zielonych przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W treści decyzji wskazano, iż Remondis Sp. z o.o. oświadczyło, że jest prowadzącym punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Zgodnie z art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach Remondis Sp. z o.o. jest uprawniona do prowadzenia stacji przeładunkowej dla odpadów zielonych. Ponieważ argumentacja Odwołującego sprowadzała się wyłącznie do wykazania niezgodności oferty z siwz w związku z ustaleniem, że Remondis prowadzi RIPOK dla zmieszanych odpadów komunalnych, Izba uznała, iż podniesiona na rozprawie okoliczność dotycząca stacji przeładunkowej dodatkowo wskazywał, iż ustalenie gdzie ostatecznie Wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady, nie stanowiła treści oferty ocenianej pod kątem zgodności merytorycznej z siwz. Zasadniczo, Izba nie przychyliła się do konkluzji Odwołującego, iż brak wskazania w załączniku nr 4 RIPOK dla odpadów zielonych oznaczał, iż Konsorcjum MS-EKO nie objęło swoim zobowiązaniem zagospodarowania odpadów zielonych, co stało w sprzeczności z oświadczeniem Wykonawcy złożonym w ofercie.

16

II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MS-EKO mimo, iż Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje o braku karalności Członka Rady Nadzorczej Spółki EKO-MAX Recykling M.Ch., co z kolei wykluczyło możliwość uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w tym zakresie, w szczególności uzupełnienia „samooczyszczenia” przedstawianego na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp;

W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołujący upatrywał podstawy do wykluczenia z postępowania Konsorcjum MS-EKO w nieprawdziwej informacji zawartej w oświadczeniu wstępnym złożonym w JEDZ, w którym Wykonawca potwierdził, iż członkowie organów zarządzających i nadzorczych nie byli karani, gdy jednocześnie ze złożonych na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy dokumentów wynika, iż członek Rady Nadzorczej współkonsorcjanta był skazany. Sytuacja ta wpisywać miała się w

przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy, a Zamawiający nie mógł wezwać Konsorcjum MS-EKO do uzupełnienia JEDZ w zakresie oświadczenia o braku karalności (zastąpienia informacji nieprawdziwej) oraz „samooczyszczenia”.

Izba oddaliła zarzut uznając, iż nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów (informacji z KRK) wynikało, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Dokonując takiej oceny Izba miała na uwadze, iż obecne zasady weryfikacji podmiotowej wykonawcy w postępowaniu, w którym żądane jest złożenie dokumentów potwierdzających oświadczenie złożone w JEDZ oznaczają, iż dopiero po skompletowaniu tych dokumentów (po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy) zamawiający ma pełen obraz sytuacji, która wyznacza kierunek dalszych czynności w postępowaniu. Dopiero od tego momentu zamawiający może ustalić, czy nie zachodzi podstawa do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, czy też, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu, nie zachodzi zasadność wezwania wykonawcy do złożenia dowodów potwierdzających możliwość „samooczyszczenia”. Niniejsze postępowanie było prowadzone w trybie procedury odwróconej, w której najpierw Zamawiający oceniał oferty pod kątem przedmiotowym, w celu ustalenia rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu i dopiero po tym badaniu przystąpił do weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (Konsorcjum MS-EKO). Oznaczało to zatem, iż dopiero po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy Zamawiający oceniał potencjał wykonawcy, a także badał, czy nie zachodzi podstawa do jego wykluczenia weryfikując oświadczenia złożone w JEDZ wraz z dokumentami. Na tym etapie Zamawiający miał zatem wiedzę, iż Wykonawca nie spełniał warunku udziału w

17

postępowaniu, gdyż przedłożona została informacja z KRK potwierdzająca karalność członka rady nadzorczej jednego z konsorcjantów. W tych okolicznościach, pomimo błędnego oświadczenia w JEDZ, Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, którego skutkiem powinno być wykluczenie Konsorcjum MS-EKO z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy). Również w poprzednim stanie prawnym przy ustalaniu, czy informacje przekazywane zamawiającemu wprowadzały w błąd, brano pod uwagę zarówno oświadczenia wynikające z oferty, jaki i treści dokumentów składanych w postępowaniu. Jeżeli możliwe było wskazanie, że informacje w sposób oczywisty były nieprawdziwe w takim stopniu, że wywoływały błędne przekonanie zamawiającego, co do istniejącego faktycznie stanu, wówczas możliwe było rozważenie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby pozostaje to nadal aktualne w obecnym kształcie procedury, co w szczególności widoczne jest przy zastosowaniu procedury odwróconej. Ponadto, ustawodawca nadal nakazuje wezwać wykonawcę do uzupełnienia błędnych oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 3 Ustawy), a zatem nie można wykluczyć sytuacji, w której oświadczenia wstępne złożone w JEDZ wymagać będą poprawienia i taka sytuacja wystąpiła w niniejszym postępowaniu. Ponieważ złożone przez Wykonawcę dokumenty wskazywały na inny stan, niż wynikający z oświadczenia wstępnego Wykonawcy, Zamawiający samodzielnie mógł zidentyfikować oświadczenie wymagające poprawienia i wezwać Wykonawcę do poprawienia oświadczenia złożonego w JEDZ, co z kolei wykluczało stwierdzenie, iż został wprowadzony w błąd.

Ponadto, w ocenie Izby Odwołujący popełnił błąd kwalifikując opisany stan, jako wypełniający przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. Należy w tym miejscu zauważyć, iż w odniesieniu do informacji dotyczących podstaw wykluczenia (kryteriów kwalifikacji) ustawodawca wymaga cięższego wykroczenia, aniżeli niedbalstwo, czy też brak staranności, wskazując w art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy na konieczność wykazania, iż wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem rażącego niedbalstwa lub celowego działania wykonawcy. Można zatem upatrywać podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy opisanej w pkt 16 i 17 jeżeli odwołujący wykaże, cięższy stopień zawinienia, co zawiera w sobie również lżejsze formy uchybień, mające wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu. Odwołujący pomimo wskazania na obie kwalifikacje prawne, tj. z pkt 16 i 17, argumentację sprowadzał do wykazania, iż Wykonawca dopuścił się niedbalstwa, jako wystarczającego do uznania, iż doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W takim też kierunku prowadził wywody w odwołaniu, jak i na rozprawie wskazując między innymi, iż *Powyższe wypełnia przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Konsorcjum MS-EKO można przypisać zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo przy potwierdzeniu, że oświadczenie*

konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd, przy czym przypisać można co najmniej niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Zatem gdyby nawet przyjąć, iż oświadczeniem wstępnym Zamawiający został wprowadzony w błąd, to dla stwierdzenia podstawy do wykluczenia Konsorcjum MS-EKO z postępowania, konieczne było wykazanie rażącego niedbalstwa lub celowego działania wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił w tym kierunku żadnego przekonującego argumentu i takiego też Izba samodzielnie nie znalazła. Podsumowując tę część stanowiska Izba wskazuje, iż okoliczności w jakich Zamawiający dowiedział się o podstawie do stwierdzenia, że Wykonawca podlega wykluczeniu wyłączały możliwość uznania, iż został wprowadzony w błąd, co wyłączało potrzebę oceny zachowania Wykonawcy pod kątem staranności wymaganej przy składaniu oświadczenia wstępnego w JEDZ.

III. Naruszenie art. 24 ust. 9 i 8 w zw. z art. 7 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za wystarczające dowody przedstawione przez Konsorcjum MS-EKO na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum MS-EKO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp;

Kolejnej podstawy do wykluczenia Konsorcjum MS-EKO z postępowania Odwołujący upatruje w niedostatecznym wykazaniu „samooczyszczenia”, co powinno prowadzić do uznania, iż Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Ustawy. Odwołujący kwestionował przyjęcie, że przedstawione na wezwanie Zamawiającego z dnia 26.09.2017 r. dowody były wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 Pzp. Przede wszystkim zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły momentu, w którym Wykonawca powinien był podjąć kroki stanowiące o „samooczyszczeniu”. Dotyczy to zarówno braku złożenia oświadczenia w JEDZ, jaki i podjęcia kroków dopiero po wezwaniu Zamawiającego do złożenia dowodów. Zdaniem Odwołującego, sprzeczne nie tylko z wykładnią językową zwrotu „wykonawca przedsięwziął, podjął środki”, ale także celowościową byłoby przyjęcie, że możliwe jest podejmowanie owych środków dopiero, gdy zamawiający zauważy zaistnienie przesłanek do wykluczenia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zakresu oświadczenia złożonego w JEDZ, Izba uznała, iż było ono błędne i wymagało poprawienia, co mieściło się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy (co zostało omówione wcześniej). Skoro ustawodawca wprost nie wyłączył możliwości uzupełnienia oświadczenia w JEDZ w części dotyczącej „samooczyszczenia”, które stanowi element badania pod kątem podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawców, przepis art. 26 ust. 3 Ustawy może znajdować zastosowanie. Zatem w momencie stwierdzenia w trakcie weryfikacji podmiotowej, iż oświadczenie wstępne złożone w JEDZ zawiera błąd, Zamawiający nie mógł odstąpić od wezwania Wykonawcy do

uzupełnienia brakującego oświadczenia w przedmiocie samooczyszczenia, przed zakończeniem oceny i podjęciem decyzji co do możliwości udzielenia temu Wykonawcy zamówienia lub wystąpienia podstawy do jego wykluczenia z postępowania. Zasadniczym pozostawało zatem odniesienie się do tezy Odwołującego, iż ostatecznym momentem na podjęcie środków zaradczych mających na celu samooczyszczenie było złożenie oferty. Również w odniesieniu do tej kwestii ustawodawca nie przesądził w sposób jednoznaczny o momencie, w jakim najpóźniej wykonawca powinien podjąć środki zaradcze. Przepisu art. 24 ust. 8 Ustawy nie wskazuje na moment złożenia oferty, jako jedyny, w którym wykonawca może podjąć środki zaradcze czyniące „samooczyszczenie” skutecznym. O skuteczności „samooczyszczenia” przesądzać może jedynie ocena złożonych dowodów. Zgodnie z art. 24 ust. 9 Ustawy *wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.* Mając na uwadze treść przepisów Izba uznała, iż o skuteczności samooczyszczenia wykonawcy, co do którego zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 Ustawy, przesądzała ocena wagi oraz okoliczności czynu wraz z środkami podjętymi w celu wykazania, iż pomimo podstawy do wykluczenia z postępowania, wykonawca może być dopuszczony do realizacji

zamówienia, jako dający rękojmię należytego wykonania również w kontekście powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący zasadniczo nie odnosił się do wagi czynu, a tej oceny dokonał sam sąd w wyroku nakazowym przedłożonym Zamawiającemu oraz opisanym w uzupełnionym JEDZ, wskazując w uzasadnieniu, iż *stopień zawinienia i społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu nie są tak znaczne, aby koniecznym było wymierzenie oskarżonemu surowej kary*. Izba przyjmując tą ocenę uznała, iż czyn polegający na wadliwym rozliczeniu podatku od faktur za usługi miał niską szkodliwość społeczną. Odnosząc do tej oceny środki przedsięwzięte przez wykonawcę miały przekonać, iż naruszenie przepisów prawa, jakich dopuścił się w przeszłości jeden z członków Rady Nadzorczej spółkonsorcjanta, w okresie, w którym nie pełnił tej funkcji, nie będzie rzutował na realizację przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, takie kroki faktycznie były już podjęte przed złożeniem oferty, chociażby poprzez zawarcie umów z biurem księgowym (z dnia 01.07.2013 r.) oraz agencją księgową (31.01.2013 r.). Bez znaczenia jest przy tym, iż umowy te były zawarte przed skazaniem, gdyż zapewnienie profesjonalnej obsługi księgowej, ma na celu ustrzeżenie podmiotu przed konsekwencjami błędów popełnianych np. przy rozliczaniu wystawianych faktur. Nie można pozbawiać znaczenia tej okoliczności, chociaż nie miała ona bezpośredniego związku ze skazaniem. Daleko idącym i pozwalającym uznać, iż skazanie członka Rady Nadzorczej nie będzie wpływać w żaden sposób na rozliczenie kontraktu, była jego rezygnacja z funkcji (22.09.2017 r.). Można wskazać, iż Wykonawca podjął decyzje personalne, których celem było przekonanie

20

Zamawiającego, iż może być uznany za wiarygodnego partnera w umowie. Nie bez znaczenia dla tej oceny pozostawał również fakt istniejący niezależnie od przedsięwziętych środków, dotyczący rzeczywistego potencjału, jaki będzie zaangażowany w realizację zamówienia. To nie wiedza, czy doświadczenie spółkonsorcjanta, którego już byłego urzędującego członka Rady Nadzorczej skazano, było prezentowane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający był uprawniony uznać, iż ranga naruszenia i podjęte środki zaradcze pozwolą powierzyć to zamówienie wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 14 Ustawy. Odmowa skuteczności dokonanego w tych okolicznościach samooczyszczenia mogłaby być uznana za działanie naruszające podstawowe zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w świetle wytycznych płynących z orzecznictwa TSUE. Skoro jedynym punktem zaczepienia miałoby być uznanie, iż czynności zaradcze były podjęte dopiero po tym jak wykonawca został wezwany do złożenia dowodów, podjęta na tej podstawie decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie miałaby oparcia w treści normy prawnej opisanej w art. 24 ust. 8 i 9 Ustawy. W postanowieniu z dnia 13 lipca 2017 r. TSUE w sprawie C-35/17 wskazał, iż art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w skutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Powyższe należy również odnieść do sytuacji, kiedy przepisy ustawy takiej podstawy wprost nie wskazują, a jest ona wywodzona wyłącznie z potrzeby uzupełnienia luki w przepisach lub braku dostatecznej precyzji ustawodawcy. W świetle powyższego Izba uznała, iż Wykonawca udowodnił, że podjęte przez niego środki zaradcze pozwalały przyjąć przez Zamawiającego, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia w celu uzyskania przedmiotu zamówienia.

IV. Naruszenie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za wystarczające złożenie informacji z KRK dotyczącej Członka Rady Nadzorczej PUK Serwis Sp. z o.o. Pana K.R. z dnia 25.09.2017 r., gdy tymczasem dokument ten nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia wykazanych w JEDZ na dzień złożenia oferty.

Zarzut ten sprowadzał się do oceny dopuszczalności weryfikacji oświadczenia wstępnego złożonego w JEDZ dokumentem wystawionym w dacie późniejszej, niż termin złożenia

21

oferty, tj. informacją z KRK stwierdzającą brak karalności. W ocenie Odwołującego, koniecznym jest złożenie zaświadczenia z KRK potwierdzającego brak karalności nie później niż w dniu składania ofert, przy dodatkowym założeniu, że informacja ta na moment jej złożenia była nadal aktualna. Takiej informacji nie dostarcza zaświadczenie wystawione w dacie po składania ofert, które potwierdza jedynie brak karalności na moment wystawienia tego dokumentu. Nie wiadomo więc, czy wykonawca, który składa informację z KRK wystawioną po terminie składania ofert nie podlegał wykluczeniu w dniu złożenia oferty, czy jego oświadczenie w JEDZ było prawdziwe i aktualne.

Izba oddaliła zarzut mając na uwadze brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, ale także zmiany wynikające z odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z wprowadzenia formularza JEDZ. Obecnie, dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy mają na celu dopełnienie oceny podmiotowej wykonawcy, dla której wstępnym potwierdzającym na dzień złożenia oferty jest oświadczenie złożone w JEDZ. Obecnie Zamawiający może w każdym czasie weryfikować aktualność stanu stwierzonego w oświadczeniach i dokumentach, żądając złożenia „aktualnego” na dzień złożenia dokumentu/oświadczenia. Ten tryb weryfikacji podmiotowej ma na celu stwierdzenie, iż sytuacja wykonawcy istniejąca na dzień złożenia oferty nie uległa zmianie w takim stopniu, aby oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu utraciło aktualność. Inaczej mówiąc, dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy mają przede wszystkim na celu wykazanie przed zamawiającym, iż oświadczenie wstępne z JEDZ zachowuje swoją aktualność. Skoro ustawodawca wprost wskazuje w normie zawartej w art. 26 ust. 1 Ustawy, na konieczność przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów oznacza to, iż data tych dokumentów nie ma przesądzającego znaczenia, gdyż istotnym jest stwierdzenie stanu istniejącego na dzień złożenia dokumentów. Nie stanowi zatem przeszkody do tego aby złożyć dokument wystawiony już po wezwaniu skierowanym przez zamawiającego do wykonawcy. Obecnie wykonawcy nie muszą gromadzić dokumentów w momencie złożenia oferty, gdyż wystarczającym na ten moment jest oświadczenie w JEDZ (dotyczy postępowania o wartości przekraczającej próg unijny). Może się bowiem okazać, że dokumenty te w ogóle nie będą potrzebne, jeżeli ich oferta nie zostanie oceniona najwyżej, a zmiana przepisów miała właśnie ułatwić złożenie oferty i zwolnić wykonawców z ciężaru gromadzenia szeregu dokumentów, które mogą okazać się zbędne. Stąd dopiero po wezwaniu Zamawiającego wykonawca przedkłada dokumenty potwierdzające aktualność oświadczenia wstępnego złożonego w JEDZ, z tym że nie jest konieczne złożenie dokumentu z datą właściwą dla złożenia oferty. W ocenie Izby, nie jest tak, że dokumenty składane na wezwanie skierowane w oparciu o art. 26 ust. 1 Ustawy mają zastąpić oświadczenie wstępne wykonawcy. Ich znaczenie jest takie, że potwierdzają aktualność

22

oświadczenia na dzień złożenia dokumentów. Ma to na celu umożliwienie zamawiającym aktualną weryfikację sytuacji faktycznej i prawnej wykonawcy, któremu zamierza się udzielić zamówienia publicznego i ustalenie, że stan wynikający z oświadczenia wstępnego jest taki sam w momencie udzielania zamówienia.

Ponieważ Konsorcjum MS-EKO przedłożyło w dniu 19.09.2017 r. informację z KRK dla Członka Rady Nadzorczej Spółki PUK Serwis p. K.R. wystawioną w dniu 25.09.2017 r., która potwierdzała oświadczenie wstępne w JEDZ o braku karalności, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia na tej podstawie Wykonawcy.

V. Naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum MS-EKO w odniesieniu do wyjaśnień ceny złożonych w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego, w sytuacji gdy nie zostały wykazane wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią drugich wyjaśnień, stąd zarzut rażąco niskiej ceny opiera wyłącznie na pierwszych wyjaśnieniach, wskazując jednocześnie na bezzasadność utajnienia drugich wyjaśnień, po zapoznaniu z którymi mógłby sformułować zarzut rażąco niskiej ceny, który podnosi z ostrożności.

Podstawa zarzutu sprowadza się do zakwestionowania skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dodatkowych wyjaśnień z dnia 8.09.2017 r., zawierających szczegółowe

wyliczenia kosztów przyjętych do kalkulacji ceny oferty, w tym indywidualne założenia przyjęte do kalkulacji. Ponieważ wyjaśnienia te prezentowały szczegółowe dane co do kosztów zagospodarowania poszczególne frakcji odpadów przy uwzględnieniu wyliczonej przez tego wykonawcę ilości odpadów przypadających na mieszkańca oraz kosztów własnych, Izba uznała, iż dane te nie są powszechnie dostępne i zostały przygotowane wyłącznie na rzecz Zamawiającego. Informacje te mają wartość gospodarczą gdyż prezentują strategię budowania ceny ofertowej, co w przypadku wyjaśnień w zakresie elementów kalkulacji ceny, jest sytuacją często spotykaną. Można wskazać, iż część informacji nie miała takiego charakteru, gdyż dotyczyła danych powszechnie dostępnych, co jeszcze nie przesądzało o zasadności zarzutu, w szczególności gdy w niniejszej sprawie powiązany z tymi informacjami był zarzut zaniechania odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. Ponieważ Izba rozpoznała odwołanie w całości, w tym oceniając okoliczności wynikające z wyjaśnień oraz dodatkowo prezentowane na rozprawie, można wskazać, iż ewentualne odtajnienie wyjaśnień nie mogłoby prowadzić do zmiany rozstrzygnięcia, a zatem nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Co istotne, w

23

postępowaniu odwoławczym podstawą rozstrzygnięcia są wyłącznie wyjaśnienia złożone w toku postępowania, a nie dodatkowe dokumenty, jakie ewentualnie mogłyby się pojawić w ramach postępowania dowodowego, gdyż oceniana jest czynność zamawiającego podejmowana w stanie faktycznym wynikającym z treści dokumentów zgromadzonych w postępowaniu. Samo utajnienie części informacji, jakkolwiek może prowadzić do naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to na tej podstawie nie można jeszcze opierać podejrzeń, iż ocena informacji dokonana przez zamawiającego była nieprawidłowa. Zamawiający musi bowiem rozważyć, czy odtajnienie wyjaśnień nie narazi go na zarzut naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jest badaniem niezależnym od oceny merytorycznej treści wyjaśnień. Nie można również tracić z oczu, iż to nie zamawiający ale wykonawca dokonuje zastrzeżenia, a zatem ocena zasadności zastrzeżenia obarczona jest ryzykiem możliwego błędu, który nie powinien być przesądzający dla stwierdzenia poprawności czynności podjętych w postępowaniu. Skoro Izba odniosła się dalej do wysokości zaferowanej ceny uznając, iż prezentuje ona poziom rynkowy, ewentualne uchybienie polegające na braku odtajnienia, jeżeli nie w całości, to w części wyjaśnień, nie miało wpływu na wynik postępowania.

VI. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3, w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MS-EKO mimo, iż Konsorcjum składając ogólnikowe wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp bez jakichkolwiek dowodów, nie obaliło domniemania, że cena oferty jest rażąco niska i zwrócenie się w tej sytuacji o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MS-EKO Odwołujący zasadniczo opierał na ocenie pierwszych wyjaśnień z dnia 7.09.2017 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 5.09.2017 r. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te były lakoniczne i ogólnikowe i nie mogły rozwiać wątpliwości, co przyznał sam Zamawiający w kolejnym wezwaniu skierowanym w piśmie z dnia 7.09.2017 r. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony do wezwania o kolejne wyjaśnienia, gdyż w oparciu o pierwsze (lakoniczne, nie poparte dowodami) oferta Konsorcjum MS-EKO powinna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba oddalając odwołanie w tym zakresie uwzględniła pełną treść wyjaśnień złożonych na oba wezwania Zamawiającego, które potwierdzały, iż Wykonawca uwzględnił okoliczności wynikające z zakresu przedmiotu zamówienia, w tym przyjęte do podstawy wyliczenia przychody i koszty wykonania usługi. Potwierdzały one rynkowy charakter ceny prezentowanej jako wynagrodzenie ryczałtowe. Pomimo, iż przedmiotem uzasadnienia nie

24

mogły być konkretne założenia wskazane w piśmie uzupełniającym (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), można wskazać na kwoty analizowane przez Zamawiającego wynikające z cen sąsiednich gmin a przeliczeniu na i osobę (9,77 zł – 11,11 zł.) oraz koszty jakie obecnie ponosi Zamawiający udzielając zamówień z wolnej ręki (ok. 673 tys.) Cena

zaoferowana przez Konsorcjum MS-EKO nie odbiega od tych wartości, a jedyną okolicznością na jaką wskazał Odwołujący, mającą czynić założenia Wykonawcy błędnymi, był wzrost opłat za zagospodarowanie odpadów, przewidziany od stycznia 2018 r. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych wyliczeń, które wskazywałyby w jaki sposób opłata ta wpływać miałyby na wysokość ceny, chociażby w odniesieniu do własnych wyliczeń, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż kalkulacja kosztów prezentowana w wyjaśnieniach nie ma oparcia w realiach rynkowych. Samo stwierdzenie, iż cena oferty Konsorcjum MS-EKO odbiegała o 31,9% od średniej cen złożonych ofert, nie stanowiła dostatecznego dowodu przeciwko treści wyjaśnień, ocenionych przez Zamawiającego i przyjętych jako wiarygodne i przekonujące. Okoliczność ta stanowiła wyłącznie podstawę do stwierdzenia zasadności skierowania wezwania o wyjaśnienie wysokości ceny i dopiero wyjaśnienia wraz z dowodami decydowały o kierunku czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie dowodami, jakie Izba uwzględniła były wyjaśnienia złożone Zamawiającemu, które uwiarygodniały rzetelność kalkulacji ceny oferty brutto. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, na podstawie których możliwe byłoby podważenie okoliczności wynikających z zestawienia złożonych ofert, jak i specyfiki przedmiotu zamówienia, którego elementem jest możliwy przychód z tytułu odzysku części frakcji odpadów. Powyższe prowadziło do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych, jest ceną realną i umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie w zakresie podlegających rozpoznaniu zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

25

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

26