

WYROK
z dnia 17 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2017r. przez **wykonawcę Remondis Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Półtanki 64** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Skawina z siedzibą w Skawinie, ul. Rynek 1**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Remondis Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Półtanki 64** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Remondis Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Półtanki 64** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Remondis Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Półtanki 64** na rzecz **Gminy Skawina z siedzibą w Skawinie, ul. Rynek 1** kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania z tytułu zastępstwa prawnego.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1323/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych położonych na terenie Gminy Skawina zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 maja 2017r. za numerem 518208-N-2017.

W dniu 23 czerwca 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Miejskiego Zakładu Usługowego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Piłsudskiego 25.

W dniu 28 czerwca odwołujący – Remondis Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Półtanki 64 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 czerwca 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 28 czerwca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 22 ust 1 i 2 w zw. z art. 24, ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art 25a ust. 3 pkt 2) ustawy i art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy, a to poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia MZU z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty MZU pomimo, iż MZU nie wykazał, iż spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu,

2. art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 ustawy, a to w wyniku bezzasadnego zaniechania wykluczenia MZU z postępowania i odrzucenia oferty MZU wobec zawinionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, skoro samodzielnie nie posiada

środków technicznych umożliwiających realizację zamówienia, nie złożył oświadczenia o tym, że podmioty udostępniające zasoby nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a nadto nie przedstawił dowodu, iż będzie dysponował pojazdem Renault KRA 55Y1,

3. art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z art 7 ustawy, a to z uwagi na fakt, że oferta jest z ustawą, bowiem naruszona została zasada uczciwej konkurencji i niezgodna transparentności postępowania, gdyż zamawiający, jak wynika z dokumentów załączonych przez MZU do oferty, jedynie MZU zaoferował możliwość użyczenia sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, w formie użyczenia, a .zatem pod tytułem darmnym, tym samym stawiając MZU w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu,

3

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1, 2 i art 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z art 90 ust 1a ustawy, a to z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a tym samym zmierzając do eliminacji pozostałych wykonawców z rynku odbioru i zagospodarowania odpadów w Skawinie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym zamawiający zaniechał wezwania MZU do wyjaśnienia ceny złożonej w ofercie,

5. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MZU, podczas gdy winna ona podlegać odrzuceniu z uwagi na wyżej wskazane przesłanki wykluczenia MZU, z postępowania, a tym samym poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym dokonanie oceny ofert w sposób oczywiście wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy)

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty MZU jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie powtórnej czynności oceny i badania ofert,
3. dokonanie wykluczenia MZU z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez MZU oferty,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego, tj. oferty złożonej przez spółkę jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie o:

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem mniejszego odwołania tj. wpisu od odwołania w kwocie 7.500,00 PLN (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) oraz kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika w kwocie 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 PLN słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W Wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, MZU zostałaby wykluczona z postępowania, a oferta MZU zostałaby odrzucona. W takiej sytuacji, oferta odwołującego (obecnie sklasyfikowana na miejscu drugim) byłaby ofertą najkorzystniejszą, na co wskazują kryteria oceny ofert określone w siwz i przyznana ofercie odwołującego punktacja. Konsekwentnie zatem, mogłoby dojść do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a

4

odwołującym. Wskutek niezgodnych z ustawą ustawy działań zamawiającego, odwołujący

poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie wykluczenia MZU z postępowania, zaniechanie odrzucenia oferty MZU oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, naraziło odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, stanowiącego przedmiot postępowania, Niniejsze odwołanie jest dopuszczalne z uwagi na orzecznictwo Sądów Okręgowych, które w przeważającej większości (około 35 Wyroków) potwierdziło, iż w przypadku kwestionowania zaniechania wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, są to kwestie mieszczące się w pojęciu „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) - tak między innymi Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z 22 grudnia 2016 roku sygn. akt II Ca 1461/16, Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z 20 stycznia 2017 roku w sprawie o sygn. akt XII Gal 018/16, Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyrokiem z 21 marca 2017 roku w sprawie o sygn. akt VI Ga 60/17. Potwierdza taką interpretację również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1077/17.

Odwołujący, MZU i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. złożyli oferty na wykonanie Zamówienia. MZU zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę brutto 632.497,25 zł. oferta odwołującego wyniosła 819.925,55 zł, natomiast najdroższa była oferta PW „MIKI” i wyniosła 1.607.040,00 zł.

W treści oferty MZU przedstawiło, że dysponuje pięcioma pojazdami;

- pojazdem bezpylnym Scania KRA 2032 o pojemności 4o 16 m3,
- pojazdem bezpylnym Renault KRA 55Y1 o pojemności do 9 m3,
- pojazdem skrzyniowym Scania KRA 7321G,
- pojazdem Hakowym Scania KRA 1952A (który nie spełnia norm co .najmniej Euro 4), - pojazdem hakowym MAN KR 4W1 68.

Ponadto MZU oświadczyło, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom żadnej części zamówienia.

W załączniku nr 2 do oferty jednak złożone zostało oświadczenie, że MZU spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w-pkt 2 tego załącznika do oferty wykreślił oświadczenie, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich, co należy rozumieć jako złożenie oświadczenia, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nadto złożył w pkt 3 przedmiotowego załącznika oświadczenie, że nie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie zataił tych informacji, jest w stanie przedstawić wymagane dokumenty.

5

Następnie w załączniku nr 3 do. oferty MZU oświadczyło o braku podstaw do wykluczenia i ponownie wykreślił oświadczenie podmiotu, na którego zasoby się powołuje, co również świadczy o tym, że zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie w oparciu o własny potencjał techniczny.

Niemniej następnie, złożony został przez MZU wykaz środków transportu, w którym okazuje się, że MZU dysponuje na podstawie umowy użyczenia pojazdem KRA 55Y1 na podstawie umowy użyczenia przez samego zamawiającego, a także iż dysponuje pojazdem marki MAN 26.440 TGS na podstawie umowy użyczenia od firmy BSS.

Już wobec powyższego doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, skoro w ofercie MZU twierdziło, iż nie zamierza korzystać z zasobów technicznych podmiotów trzecich. Do przedmiotowego wykazu został złożony dokument w postaci oświadczenia firmy BSS o użyczeniu samochodu z dnia 5 czerwca 2017 roku, w którym stwierdza się, że samochód ten dopiero zostanie użyczony w przypadku uzyskania przez MZU zamówienia (a zatem umowa nie została jeszcze zawarta) i dopiero wówczas zostaną określone zasady użytkowania. Nie oznacza to tym samym, że będzie to umowa użyczenia, która co do zasady jest umową pod tytułem darmym. Jeśli zatem udostępniający zasoby zażąda zapłaty (przyjmując, że będzie to umowa dzierżawy lub najmu), to może się okazać, że do udostępnienia nie dojdzie, a jeśli już tak - to wpłynie to z pewnością na koszty wykonania zamówienia, a tym samym na ocenę złożonej przez MZU oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Podobna sytuacja ma się w odniesieniu do zasobów udostępnionych przez samego zamawiającego. Na tę okoliczność (faktycznego udostępnienia zasobów) nie zostały przedłożone już żadne dowody.

Zamawiający w toku oceny ofert nie wezwał MZU do jakichkolwiek wyjaśnień, w tym również w odniesieniu do rażąco niskiej ceny. Ostatecznie, dokonał wyboru oferty MZU jako najkorzystniejszej. Naruszenie art 22 ust 1 i 2 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy W zw. z art 24 ust 4 ustawy w zw. z art. 25a ust. 3 pkt 2) ustawy i art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy W pierwszej kolejności odwołujący zarzuca, że zamawiający naruszył art 22 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, a to przez bezzasadne zaniechanie wykluczenia MZU z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty MZU pomimo, iż MZU nie wykazała, iż spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.3.1 ppkt 2) siwz. W szczególności nie wykazał, aby faktycznie dysponował pojazdem bezpylnym, dwuosiowym małym (pojemność do 9 m3). Rzekomo ten pojazd ma zostać udostępniony przez samego zamawiającego, ale żadne oświadczenie w tym przedmiocie nie zostało złożone przez zamawiającego. Nie złożono również; oświadczenia, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania (choć wykluczenie byłoby w tej sytuacji oczywiste w związku z

6

treścią art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy w zw. Z art. 25a ust. 3 pkt 2) ustawy i w związku z zapisami pkt 5.3.6. siwz, albowiem to pracownicy zamawiającego przygotowywali niniejsze zamówienie publiczne.

Ponadto MZU nie złożył również oświadczenia w odniesieniu do firmy BSS, a oświadczenie to było wymagane z myśl art. 25a ust. 3 pkt 2) ustawy w związku z zapisami pkt 5.3.6. siwz. Tymczasem, udostępnienie tych zasobów było istotne z punktu widzenia decyzji zamawiającego wobec tego, że jednym z kryteriów oceny ofert były normy emisji spalin pojazdów użytkowanych w ramach zamówienia. Hakowiec, którym MZU dysponuje samodzielnie nie spełnia tych norm, spełnia je tylko pojazd należący do firmy BSS. Dodatkowo wskazać, należy, że skoro w zobowiązaniu BSS nie jest wskazane, jaka będzie umowa, to wpisanie do treści wykazu środków transportu, iż podstawą będzie umowa użyczenia (a zatem umowa pod tytułem darmym), budzi wątpliwości co do tego, czy faktycznie MZU będzie mogło korzystać z przedmiotowego pojazdu.

Jak potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca jest zobowiązany wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (tak między innymi wyrok z 20 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 520/13). Nawet jeśli już po złożeniu ofert dochodzi do wyjaśnienia treści oferty i uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to muszą one. wskazywać, że wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu już w dniu składania ofert, a nie dopiero na dzień złożenia wyjaśnień lub dodatkowych dokumentów.

Reasumując powyższe, zdaniem odwołującego, MZU nie spełniała, na dzień składania ofert, warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zamawiający, dokonując wyboru oferty MZU jako najkorzystniejszej, naruszył art. 22 ust; 1 i 2 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy.

Naruszenie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust 1 pkt' 16 i 17 i art. 24 ust 4 ustawy Odwołujący wskazał, że kolejnym naruszeniem, którego dopuścił się zamawiający, to naruszenie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 ustawy, a to w wyniku zaniechania wykluczenia MZU z postępowania i nie odrzucenia oferty MZU wobec zawnionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało znaczący wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. MZU wprowadziło zamawiającego w błąd w odniesieniu do podstawowej kwestii, a mianowicie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, czego wykazem jest przekreślenie odpowiednich oświadczeń w Załącznikach nr 2 i 3 do oferty. Na korzystanie z potencjału innych podmiotów wskazuje dopiero wykaz środków transportu. Nadto nie przedstawiono zobowiązania samego zamawiającego w odniesienie do udostępnienia pojazdu MZU, wobec czego to udostępnienie potencjału technicznego nie zostało

7

udowodnione. Również, mając na uwadze okoliczności opisane, w odniesieniu do pierwszego z zarzutów, wątpliwości budzi realność udostępnienia pojazdu hakowego przez firmę BSS.

Ponadto wobec powyższego MZU dożyło nieprawdziwe oświadczenie, iż podane w ofercie i

Załączniku nr 2 i 3 informacje są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd. W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę w kontekście dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (które po nowelizacji ustawy pozostaje aktualne), iż „nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania (a takimi zdaniem Odwołującej są informacje dotyczące posiadanego doświadczenia oraz posiadanych zasobów osobowych, o których mowa powyżej - przyp. odwołującego) nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art 26 ust. 3 ustawy. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu (tak wyrok z dnia 17 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 673/16).

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia A.S.A. z postępowania, o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy

Zdaniem odwołującego, w toku postępowania doszło rażącego wręcz naruszenia zasad swobodnej konkurencji i transparentności postępowania, a to na skutek udostępnienia, jak należy odczytywać z treści wykazu środków transportu złożonego przez MZU, udostępnienia zasobów technicznych przez samego zamawiającego na rzecz jednego wykonawcy. Tym bardziej jest to rażące naruszenie, jeśli udostępnienie to faktycznie ma nastąpić na podstawie umowy użyczenia, a zatem pod tytułem darmym. W ten sposób zamawiający jednoznacznie preferuje jednego wykonawcę, jakim jest MZU.

Pozostali wykonawcy bowiem muszą samodzielnie zgromadzić środki transportu celem wzięcia udziału w niniejszym postępowaniu, uiszczając z tego tytułu odpowiednie należności:

- cenę zakupu,
- czynsz dzierżawny, lub
- ratę leasingową

oraz opłacać związane z tym należności (w tym publicznoprawne).

W tej sytuacji, oferując skorzystanie z pojazdu Renault KRA 55Y1 tylko jednemu z pośród wykonawców biorących udział w postępowaniu, ewidentnie preferuje tego wykonawcę, umożliwiając mu złożenie oferty zawierającej niższą cenę niż jakikolwiek inny podmiot.

8

Owszem, zdarzają się sytuacje, w których zamawiający oferuje wykonawcom wykorzystanie własnych zasobów, ale ma to wówczas zastosowanie na równych zasadach, bowiem wówczas w treść specyfikacji wpisane jest, iż następuje wówczas faktycznie użyczenie lub dzierżawa pojazdu lub pojazdów temu wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejsza, bez względu na powiązania.

W niniejszym postępowaniu natomiast, jak wynika z oświadczenia MZU zawartego w treści wykazu środków transportu, zamawiający zaoferował takie rozwiązanie tylko i wyłącznie jednemu z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, to znaczy MZU, a to ma oczywisty wpływ na oferowaną cenę.

Dodatkowo należy zauważyć, że MZU jest jednoosobową spółką zamawiającego, wobec czego powiązania kapitałowe i osobowe są oczywiste, między innymi w postaci tego, że pracownicy Urzędu Gminy Skawina są członkami Rady Nadzorczej MZU.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający naruszył art 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy.

Naruszenie art 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy w zw. z art. 3 ust, 1, 2 i art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z art 90 ust 1a ustawy

W toku niniejszego postępowania zostały złożone trzy oferty;

- MZU - 632.497,25 zł,
- odwołujący - 819.925,55 zł,
- PW „MIK” - 1.607.040,00 zł.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy, w przypadku, gdy:

- cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust, 1 i 2 ustawy lub
- średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności

oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jest to procedura obowiązkowa.

Z porównania cen ofertowych wynika, że średnia cena wszystkich ofert to 1.019.820,93 zł.

Tym samym cena ofertowa zaproponowana przez MZU jest o 38%..Przyrównując ją do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, cena z oferty MZU jest o 29.73% niższa od ww: kwoty.

Zdaniem Spółki, zaoferowana cena przez MZU nie zawiera wszystkich niezbędnych do poniesienia kosztów i nie uwzględnia zysku. Taka sytuacja jest podyktowana tym, że jednocześnie prowadzone jest już od dnia 12 czerwca 2017 roku postępowanie przez Gminę Skawina postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług komunalnych na rzecz Gminy Skawina, które to usługi obejmują odbiór odpadów komunalnych powstałych i zebranych na nieruchomościach zamieszkałych, położonych w

9

granicach administracyjnych Gminy Skawina o wartości 6.6583735,89 PLN - informacja o zamiarze zawarcia umowy w trybie „z wolnej ręki”.

W toku przedmiotowego postępowania odbiór odpadów mają następować z około 1300 lokalizacji i ma obejmować rocznie około 700 Mg/rok odpadów. Tymczasem, w dotychczasowych postępowaniach w odniesieniu do nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, odbiór odpadów obejmował łącznie około 6800 lokalizacji i 13 000 Mg/rok - specyfikacja istotnych warunków zamówienia z roku 2013

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zauważył, że wobec tego odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych będzie następował z około 55.00 lokalizacji i obejmie około 10 300 Mg/rok. Porównując to z wartością zamówienia, na którą zostanie zawarta umowa z MZU w ramach postępowania prowadzonego z wolnej ręki, zagospodarowanie odpadów będzie kosztowało około 215,50 zł/Mg. Natomiast cena odbioru odpadów w ramach niniejszego postępowania, zaoferowana przez Miejski Zakład Usługowy Sp. z o.o., to 117,13 zł/Mg.

Dodatkowo wskazał, że w toku postępowania prowadzonego w roku 2013 łączna cena osiągnęła kwotę 8.497.008 zł, co przy dwuletnim kontrakcie dało średnią cenę za tonę w wysokości 326,80 zł/Mg - ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2013 roku. Powyżej wskazane tak znaczące różnice w cenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych i z nieruchomości niezamieszkałych na terenie Gminy Skawina, na rzecz tego samego zamawiającego wskazuje na to, że wykonawca — MZU - zamierza pozyskiwać w rzeczywistości zysk z umowy, którą zawrze z wolnej ręki z Gminą Skawina w zakresie nieruchomości zamieszkałych, a ofertę na odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych złożył z ceną rażąco niską z zamiarem wyeliminowania pozostałych wykonawców z rynku odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Skawina. Dodatkowo tylko należy zwrócić uwagę, że w związku z treścią wykazu środków transportu i tym,

że rzekomo mają zostać zawarte umowy użyczenia (a zatem pod tytułem darmnym) w przedmiocie udostępnienia MZU dwóch pojazdów (o czym mowa już powyżej), to złożona przez MZU oferta jest niedoszacowana z uwagi na brak ujęcia w niej kosztów odpłatnego najmu lub dzierżawy tych pojazdów.

Nie sposób zdaniem odwołującego uznać za słuszne, że oba pojazdy zostaną przekazane MZU za darmo na okres realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, a to z tej przyczyny, iż żaden podmiot gospodarczy by się na to nie zdecydował. Tym bardziej nie zdecydowałaby się na to gmina, która jako jednostka sektora finansów publicznych, jest zobligowana do przestrzegania rygorów ustawy o dyscyplinie finansów publicznych. Jej naruszenie wiąże się z odpowiedzialnością osobistą osoby pełniącej funkcję Burmistrza Gminy Skawina. Zatem umowa ta z pewnością musiałaby mieć charakter odpłatny.

10

Natomiast nawet gdyby natomiast uznać, że takie umowy zostałyby zawarte pod tytułem darmnym, to odwołujący wskazał, że wówczas konieczne jest odprowadzenie odpowiednich należności publicznoprawnych w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych i w zakresie podatku VAT od nieodpłatnych świadczeń.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny ekonomiki przedsiębiorstw, księgowości, finansów, ekonomii, rachunkowości na okoliczność stosowania przez MZU w przedłożonej ofercie cen sprzedaży usług poniżej kosztów ich

wytworzenia, w wysokości nie dającej faktycznej i rzeczywistej możliwości należytego wykonania usług objętych Zamówieniem w celu eliminacji odwołującego z rynku oraz utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1,2 i 5 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy

Skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zawsze jednocześnie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Taka oferta nie powinna podlegać ocenie punktowej. Jest to naturalna czynność wynikająca z tego, że nie jest możliwe rozpatrywanie oferty podmiotu, który nie posiada uprawnień do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego-

Niezależnie jednak od powyższego, jak zostało to wskazane w treści odwołania, zaistniały również przesłanki niezależne uzasadniające odrzucenie oferty złożonej przez MZU jako niezgodnej z ustawą oraz nieodpowiadającej postanowieniom siwz.

Mając powyższe na uwadze, konsekwencją wyżej już opisanych naruszeń przepisów ustawy przez zamawiającego, jest również naruszenie art 89 list. 1 pkt 1,2 i 5 w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez MZU. Jednocześnie skutkiem powyższych naruszeń jest także naruszenie stanowi naruszenie art. 7 ust 1 ustawy, który zobowiązuje zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu. W kontekście powyższego, zaniechanie wykluczenia MZU, odrzucenia oferty złożonej przez

MZU i zaniechanie wyboru oferty odwołującego Konsorcjum w niniejszym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej, stanowi rażące naruszanie przepisów ustawy, w tym zasady równego traktowania wykonawców, co skutkować powinno uwzględnieniem niniejszego odwołania.

W dniu 30 czerwca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 6 lipca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Miejski Zakład Usługowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Piłsudskiego 25. Wskazał, że jego oferta została wybrana jako

11

najkorzystniejsza i dlatego ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia nie załączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia.

W dniu 11 lipca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i obciążenie kosztami postępowania odwołującego oraz zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że co do zarzutu rzekomego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1, 2 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z art. 90 ust. 1a, na poparcie, którego odwołujący podniósł jedynie, że: „Z porównania cen ofertowych wynika, że średnia cena wszystkich ofert to 1.019.820,93 zł, Tym samym cena ofertowa zaproponowana przez MZU jest niższa o 38%. Przyrównując ją do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, cena z oferty MZU jest o 29.73% niższa od ww. kwoty" (str. 10 odwołania).

Zamawiający podkreślił, iż stanie prawnym i faktycznym, z jakim mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Miejskiego Zakładu Usługowego Sp. z o. o. (MZU) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w przedmiocie złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, bowiem mieściła się ona w kwocie przeznaczonej na realizację mniejszego zamówienia przez Gminę Skawina opiewającej na 889 920,00 PLN brutto.

Zamawiający dodał, iż powyższą kwotę ustalił na podstawie realizacji podobnego zamówienia w okresie ostatnich 12 miesięcy poprzedzających wszczęcie niniejszego postępowania, co odpowiada treści art. 34 ust 1 pkt 1 ustawy. Słuszność działania zamawiającego w tym zakresie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym ze swoich orzeczeń, wyrzekając w następujący sposób - wyrok o sygn. akt KIO 425/17 oraz 426/17 z dnia 24 marca 2017 r.). Dla pełnej transparentności przywołanego stanowiska Izby zamawiający przytoczył brzmienie art. 90 ust. 1a ustawy Zamawiający uważa zatem, że nie był zobowiązany do wzywania MZU Sp. z o.o. do

wyjaśnienia ceny jego oferty, gdyż rozbieżność pomiędzy średnią ceną złożonych ofert, a ceną oferty wykonawcy, które ofertę uznano za najkorzystniejszą wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Jednoznacznym jest, iż cena złożona przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. z Krakowa, jest zdecydowanie zawyżona, co wpływa na średnią cen wszystkich złożonych ofert. Można wręcz według zamawiającego stwierdzić, że cena tego wykonawcy jest rażąco wysoka, zarówno w stosunku do wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, jak i w stosunku do cen pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu. Stanowisko to potwierdza załączony do dokumentacji postępowania protokół komisji z dnia 08.06.2017r.

12

Zamawiający dodał, iż cena oferty odwołującego i oferty uznanej za najkorzystniejszą nie różnią się znacznie od siebie, a ponadto są one realne i nie odbiegają od aktualnych cen rynkowych za wykonywanie usług analogicznych do przedmiotu niniejszego zamówienia. Na marginesie zamawiający zauważa, iż w ostatnim okresie praktyką na rynku usług związanych z przedmiotem zamówienia jest znaczna rozbieżność cen, która w wielu przypadkach wyłącznie z uwagi na aspekt arytmetyczny dotyczący wyliczenia średniej ceny złożonych ofert jest powodem do wnoszenia środków ochrony prawnej, Zamawiający podkreślił, iż nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy twierdzenia odwołującego o rzekomym niedoszacowaniu oferty Miejskiego Zakładu Usługowego Sp. z o. o. z uwagi na brak ujęcia w niej kosztów odpłatnego najmu lub dzierżawy tych pojazdów. Otóż Gmina Skawina jest w posiadaniu zawartej w dniu 17 maja 2005 r. z rzeczoną Spółką umowy użyczenia nr ROŚ/35/05 specjalistycznego samochodu ciężarowego o numerze rejestracyjnym KRA 55Y1, będącego śmieciarką przeznaczoną do zbiórki odpadów segregowanych. Z treści § 4 ust. 2 ww. umowy wynika, iż: „Użytkownik ponosi koszty związane z utrzymaniem samochodu śmieciarki tj. koszty paliwa, ubezpieczeń, przeglądów rejestracyjnych i gwarancyjnych oraz bieżących napraw”, przy czym nie jest on zobligowany do zapłaty na rzecz Gminy Skawina żadnych okresowych świadczeń pieniężnych w postaci czynszu za korzystanie z przedmiotowej śmieciarki, Zatem nie można twierdzić, jak to uczynił odwołujący, że przedmiotowa umowy z maja 2005 r. została zawarta pod tytułem darmym, a to oznacza, że Miejski Zakład Usługowy Sp. z o. o. nie ponosi z tego tytułu żadnych kosztów. Powyższa okoliczność jednak nie stoi w sprzeczności z tym, że Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę dzięki zawartej umowie użyczenia śmieciarki z Gminą Skawina, uzyskał wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla Miejskiego Zakładu Usługowego Sp. z o. o. w świetle art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, co niewątpliwie pozwoliło mu na odpowiednie skalkulowanie ceny oferty. Ponadto zamawiający zauważył, że odwołujący w treści odwołania wskazał rzekome naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.), nie formułując de facto żadnego zarzutu na jego poparcie i nie przedstawiając przy tym argumentacji, która mogłaby uzasadnić stanowisko odwołującego. Po pierwsze przywołany przepis ustawy zawiera aż pięć różnych, odrębnych względem siebie, czynów nieuczciwej konkurencji, a odwołujący nie wskazał o który z nich konkretnie miałyby chodzić w niniejszej sprawie. Po drugie, zgodnie z utartą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej: „1. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co

13

wymaga dostatecznie szczegółowego opisanie działania lub zaniechania zamawiającego” (wyrok o sygn. akt KIO 169/15 i KIO 170/15 z dnia 20 lutego 2015 r.)- Wreszcie, po trzecie. zamawiający w drodze analogii przywołał orzeczenie Izby zawarte w wyroku o sygn. akt KIO 2200/15 z dnia 21 października 2015 r. Z kolei odnosząc się do zarzutu obrazu art 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art 7 ustawy, zamawiający podniósł, iż skoro użyczenie pojazdu specjalistycznego Miejskiemu Zakładowi Usługowemu Sp. z o. o. nastąpiło przed ponad dwunastoma laty, to bezzasadne są twierdzenia odwołującego o tym, że: „W niniejszym postępowaniu natomiast, jak wynika z oświadczenia MZU zawartego w treści wykazu środków transportu, zamawiający zaoferował takie

rozwiązanie tylko i wyłącznie jednemu z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, to znaczy MZU, a to ma oczywisty wpływ na oferowaną cenę" (str. 9 odwołania).

Ponadto należy podnieść tą okoliczność, iż art. 7 ustawy ma charakter klauzuli generalnej i nie może w związku z powyższym stanowić samodzielnej podstawy prawnej zarzutu odwołania. O trafności zaprezentowanego tutaj stanowiska zamawiającego świadczy orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w toku rozpatrywania sprawy o sygn. akt KIO 1142/16 i KIO 1150/16 zakończonej wydanym w dniu 18 lipca 2016 r. wyrokiem. Zamawiający podkreślił również bezzasadność kolejnego zarzutu, czyli rzekomego naruszenia w toku postępowania art. 22 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 24 ust 4 ustawy w zw. z art. 25a ust, 3 pkt 2 ustawy i art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy.

Po pierwsze jak trafnie stwierdził Włodzimierz Dzierżanowski; „Dążąc do zapewnienia faktycznego, a nie formalnego udostępniania potencjału ustawodawca wskazał, że może ono mieć miejsce "w stosownych sytuacjach i w konkretnym zamówieniu (art. 22a ust 1 pzp).

Stosowne sytuacje należy przy tym rozumieć jako sytuacje, w których po pierwsze możliwe jest skorzystanie faktyczne z potencjału tego podmiotu. Wątpliwe więc jest np. udostępnienie

potencjału w postaci posiadania ubezpieczenia, które immanentnie przypisane jest do ubezpieczonego, nie zaś innych podmiotów. Zasadne będzie także żądanie, które można formułować wobec konsorcjum, aby to jeden spośród podmiotów udostępniających udostępnił całość określonego potencjału, gdy jego podzielność jest wątpliwa. Nie będą także honorowane zobowiązania o charakterze ogólnym (nieskonkretyzowanym), gdyż udostępnienie potencjału może nastąpić w konkretnym postępowaniu" (Włodzimierz Dzierżanowski i Katarzyna Kostro, „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Teza nr 6" [w:] „Zamówienia Publiczne. Doradca." Nr 2/2017).

Po drugie w tożsamy sposób swoje zapatrywanie w tej kwestii zaprezentowała Ewa Wiktorowska, pisząc o tym, że: „Zgodnie z dyspozycją ust 1 wykonawca jest uprawniony do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych, lub sytuacji finansowej, lub

14

ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych Działanie takie powinno mieć na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i będzie dopuszczalne w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części" (Ewa Wiktorowska [wi] Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz 5, Wolters Kluwer 2017 r., uwaga nr 1 komentarza do art. 22a).

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko przedstawicieli doktryny prawa w przedmiocie udostępnienia wykonawcy przez inny podmiot zasobu w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy stwierdzić, iż to rzeczne udostępnienie musi być realne, a ponadto zgodnie z nowowprowadzonym art. 22a ust. 1 ustawy, ustawodawca wymaga, aby następowało ono każdorazowo na potrzeby danego zamówienia publicznego lub jego części. Natomiast rzeczony specjalistyczny samochód ciężarowy o nr rejestracyjnych KRA 55Y1 został oddany Miejskiemu Zakładowi Usługowemu Sp, z o. o. do dyspozycji przez Gminę Skawina już dużo wcześniej, bo nastąpiło to w dniu 17 maja 2005 r. na podstawie umowy użyczenia nr ROŚ/35/05. Tym samym pojazd ten nie został udostępniony na potrzeby konkretnego postępowania, a tym samym Gmina nie udostępniła MZU Sp. z o.o. zasobów, gdyż ponad dekadę temu przekazała ten pojazd na potrzeby działalności MZU w oparciu o powołaną umowę użyczenia, która została zawarta na czas nieokreślony. Umowa ta daje faktyczne dysponowanie pojazdem MZU, które wykorzystuje go w swojej bieżącej działalności a tym samym uznać należy, iż zasób ten nie jest udostępniany, gdyż praktycznie stanowi składnik majątku przedsiębiorstwa.

Reasumując, wbrew twierdzeniom odwołującego nie doszło w niniejszej sprawie do udostępnienia zasobu w postaci spornej śmieciarki będącej pojazdem bezpylnym, dwuosiowym małym o pojemności do 9 m3, w rozumieniu art. 22a ust 1 ustawy, stąd Gmina Skawina nie musiała składać oświadczenia o udostępnieniu Miejskiemu Zakładowi Usługowemu Sp. z o. o. swojego zasobu w postaci tej

śmieciarki.

Odnosząc się z kolei do twierdzeń odwołującego dotyczących udostępnienia MZU pojazdu typu hakowiec o modelu model: 26.440 TGS przez BSS, zamawiający podniósł, że biorąc pod uwagę treść wykazu środków transportu przedłożonego przez Miejski Zakład Usługowy

Sp. z o. o. oraz brzmienie minimalnego poziomu zdolności wykonawców w zakresie posiadania zdolności technicznej wyrażonego w pkt 5.3.3) ppkt 2 SIWZ: „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5JA. lit c) SIWZ, jeżeli wykaże, że dysponuje pojazdami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w ilości minimum: -pojazd bezpylny, dwuosiowy średni (pojemność do 16 m³) - 1 szt. - pojazd bezpylny, dwuosiowy mały (pojemność do 9m³) - 1 szt., - pojazd skrzyniowy- 1 szt.,- pojazd hakowy - 1 szt, Miejski Zakład Usługowy Sp. z o. o. spełnia przywołany warunek udziału w postępowaniu, bez względu na to czy hakowiec firmy BSS zostanie mu faktycznie

15

udostępniony w dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Gminą Skawina. Dlatego też, w świetle treści oświadczenia złożonego przez MZU Sp. z o.o., z uwagi na spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania niezbędnymi pojazdami do realizacji zamówienia, zbytecznym, było wzywanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia o dysponowaniu kolejnym pojazdem typu hakowiec.

Zamawiający odnosząc się z kolei do zarzutu rzekomego naruszenia przez niego art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, podnosi jego zupełną bezzasadność i brak jakichkolwiek rzeczowych argumentów na potwierdzenie tez stawianych przez odwołującego,

W celu dokonania właściwej interpretacji tego przepisu zamawiający posłużył się orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 2209/15 z dnia 26 października 2015 r., zgodnie, z którym: *Za czynności związane z przygotowaniem postępowania w rozumieniu art 24 ust 2 pkt 1 p.z.p. należy uznać aktywność występującą przed datą upływu terminu składania ofert, która wywarła wpływ na treść ogłoszenia o zamówieniu czy postanowień SIWZ (np. opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, czy warunków umowy)*".

Taka sytuacja nie miała w niniejszej sprawie miejsca, czego potwierdzeniem jest treść sporządzonego protokołu w sprawie zamówienia publicznego. Co więcej, sam fakt, iż pracownicy Gminy Skawina są członkami rady nadzorczej Miejskiego Zakładu Usługowego Sp. z o. o. nie stanowi przesłanki do wykluczenia MZU z postępowania. Potwierdzenie słuszności zaprezentowanego tu poglądu zamawiającego stanowi orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok o sygn. akt KIO 1120/16 z dnia 11 lipca 2016 r.

Odwołujący w żadnej mierze nie uprawdopodobnił nawet, iż bezpośrednio MZU lub jego pracownicy bądź osoby współpracujące, czy wchodzące w skład organów zarządzających, miały jakkolwiek wpływ na przygotowanie i przebieg mniejszego postępowania. Zarzut nie opiera się na

żadnych racjonalnych przesłankach, jak też nie ma żadnego dowodu potwierdzającego zaistnienie okoliczności opisanych w art. 24. ust. 2 pkt 19 ustawy .

Odwołujący nie próbował nawet w żaden racjonalny sposób uprawdopodobnić naruszenia przywołanej normy, z pewnością z uwagi na brak argumentów, które pozwoliłyby na ewentualne potwierdzenie stawianego zarzutu.

Na zakończenie zamawiający ustosunkowując się do zarzutu obraży art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust 4 ustawy polegające na tym, że: MZU wprowadziło zamawiającego w błąd w odniesieniu do podstawowej kwestii, a mianowicie, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, czego wyrazem jest przekreślenie odpowiednich oświadczeń w Załącznikach nr 2 i 3 do oferty. Na korzystanie z potencjału innych podmiotów wskazuje dopiero wykaz środków transportu" (str. 8 odwołania).

16

Kluczowym dla rozstrzygnięcia w przedmiocie rzeczonego zarzutu jest rozumienie pojęcia „wprowadzenia w błąd, ". Wprowadzenie w błąd oznacza, że: „(...) doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, tj. wytworzenia u zamawiającego mylnego przekonania o rzeczywistości w oparciu o przedstawione informacje, na skutek zatajenia określonych informacji albo braku możliwości złożenia dokumentów" (Paweł Granecki, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.'5, Legalis 2016 r. s uwaga nr 7 komentarza do art. 24). Tożsame zapatrywanie w tej kwestii zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku o sygn. akt KIO 576/17 z dnia 18 kwietnia 2017 r. Zdaniem zamawiającego MZU nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd, bowiem prawdą jest, iż od 2005 r. podmiot ten posiada w swojej flocie pojazdów śmieciarkę będącą pojazdem bezpylnym, dwuosiowym małym o pojemności

do 9 ml Nie może też ulec uwadze ta okoliczność, że w tym postępowaniu nie doszło do udostępnienia MZU zasobu w rozumieniu art 22a ust. 1 ustawy. W tym stanie rzeczy bezprzedmiotowe jest twierdzenie odwołującego oraz jego rozpatrywanie samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez MZU w zakresie posiadania zdolności technicznej do należytego wykonania tego zamówienia publicznego na rzecz Gminy Skawina, Wreszcie zamawiający podniósł, iż nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd przez wspomnianego wykonawcę, bowiem Gmina Skawina będąca stroną umowy użyczenia nr ROŚ/35/05 z dnia 17 maja 2005 r. specjalistycznego samochodu ciężarowego o numerze rejestracyjnym KRA 55Y1 jest w pełni świadoma, iż rzeczony pojazd jest w posiadaniu zależnym MZU, który jest spółką komunalną funkcjonującą w trybie przepisów ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U 2017 poz. 827 ze zm.). Zamawiający dodał, iż ciężar dowodu zarówno w przypadku tego zarzutu, jak i wszystkich pozostałych podnoszonych w niniejszym postępowaniu, jest po stronie odwołującego, który jednak nie sprostował temu wymaganiu. Podnoszone przez odwołującego rzekome naruszenia przepisów, nie są poparte żadną logiczną argumentacją, a przy tym nie złożono żadnych dowodów, które pozwoliłyby je w jakkolwiek rozsądny sposób uprawdopodobnić. W ocenie zamawiającego wynika to z pewnością z faktu, iż w toku postępowania nie doszło do zaniechań lub czynności sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności nie naruszono norm ustawy i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych.

Odwołujący w dniu 13 lipca 2017r. złożył pismo przygotowawcze, w którym wniósł o pominięcie odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z uwagi na jej niedoręczenie pełnomocnikowi odwołującego, ale samemu odwołującemu, wniósł o przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów na okoliczność wykazania, że cena MZU jest rażąco niska, a cena MKI rynkowa i niewygórowana. Podniósł, że J. S. jest kierownikiem Wydziału Rolnictwa i Ochrony Środowiska u zamawiającego, który to wydział odpowiada za

17

organizację przetargów na odbiór odpadów u zamawiającego. W pozostałym zakresie podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania wraz z załącznikami: ustalenia wartości szacunkowej zadania, siwz, oferta MZU, wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń, złożonych dokumentów przez MZU, protokołu komisji przetargowej, oświadczeń w trybie art. 17 ust. 2 ustawy, dowodów przedłożonych przez odwołującego do odwołania i pisma z dnia 14 lipca 2017r.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalności wskazanej w odwołaniu na okoliczność zastosowania w ofercie MZU cen sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w wys. nie dającej faktycznej i rzeczywistej możliwości należytego wykonania usług objętych zamówieniem w celu eliminacji Odwołującego z rynku oraz utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zakreślona dla tego wniosku teza dowodowa, przy jednoczesnym braku informacji ze strony MZU o jego sytuacji finansowej posiadanych środkach trwałych, zapasach, wynikach finansowych i innych okolicznościach mających wpływ na możliwość zaoferowania ceny ofertowej nie daje się zweryfikować w drodze wnioskowanego dowodu. Izba wzięła także pod uwagę, że wniosek ten został postawiony przy omawianiu zarzutu nie tylko złożenia oferty w czynnie nieuczciwej konkurencji, ale w związku z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty z ceną rażąco niską, co potwierdził Odwołujący w swoim ostatnim wystąpieniu. W przedmiotowej sprawie natomiast konieczne jest rozważenie, czy Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował art. 90 ust. 1a in fine, a wykazywany ku temu dowód nie służy udowodnieniu tej okoliczności.

Na ich postawie Izba ustaliła, że:

Zakład Usług Komunalnych przedstawił wycenienie kosztu odpadu za 1 MG na kwotę 158,40zł. Wycenienie to podpisał Dyrektor ZUK T. G. Według oświadczenia zamawiającego p. S. nie jest kierownikiem Wydziału Rolnictwa i Ochrony Środowiska, ale kierownikiem Wydziału Gospodarki Komunalnej.

Ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonała p. P. i ona podpisała wniosek o wszczęcie postępowania, zaś p. M. podpisała wniosek o zatwierdzenie wyboru trybu postępowania. W całej dokumentacji przetargowej nie pojawia się jakikolwiek dokument sporządzony lub kierowany do osób wymienionych w KRS MZU jako członkowie Rady Nadzorczej. Z ustalenia wartości szacunkowej zadania z dnia 10 maja 2017r. wynika, że wartość zamówienia brutto wynosi 889 920zł.

18

W załączniku nr 8 do siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako :

4) Wykonawca zobowiązany jest do odbierania odpadów komunalnych zgodnie ze złożonymi deklaracjami przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady oraz z części niezamieszkałych nieruchomości, na których powstają odpady dla nieruchomości będących nieruchomościami zamieszkałymi i niezamieszkałymi.

5) Szacunkowa liczba odpadów komunalnych przewidziana do odbioru w ciągu jednego roku wynosi ok. 2 700 Mg, w tym ok. 250 Mg odpadów zbieranych selektywnie - surowce wtórne (szkło, metal, papier i tektura, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe), odpady wielkogabarytowe oraz zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (poza odpadami niebezpiecznymi).

6) Odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady odbywa się:

a) zmieszanych odpadów komunalnych - z worków, pojemników oraz

z prasokontenerów, w ilości i częstotliwości określonych w deklaracji przez właściciela nieruchomości, zgodnie z przyjętym harmonogramem.

b) selektywnie zebranych surowców - z worków oraz pojemników, w ilości odpowiadającej opłaconych worków, pojemników na zmieszane odpady, z częstotliwością raz w miesiącu, zgodnie z przyjętym harmonogramem,

c) odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (poza odpadami niebezpiecznymi) - z miejsc gromadzenia odpadów, z częstotliwością dwa razy do roku, zgodnie z przyjętym harmonogramem.

7) Ilość wytwarzanych odpadów nie jest zależna od Zamawiającego, wyliczona ilość jest szacunkowa i może ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Wykonawcy nie przysługuje prawo odszkodowania za nieosiągnięcie wskazanej wielkości.

W pkt. 5.3.3. ppkt. 2 siwz zamawiający określił warunek zdolności technicznej tj. dysponowania pojazdami niezbędnymi do realizacji zamówienia w ilości minimum:

- pojazd bezpylny, dwuosiowy (pojemność do 16 m³) – 1 szt.

- pojazd bezpylny, dwuosiowy (pojemność do 9 m³) – 1 szt.

- pojazd skrzyniowy – 1 szt.

- pojazd hakowy – 1 szt.

Zgodnie z pkt. 5.3.4 wykonawca może w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowym innych podmiotów, niezależnie od łączących do z nim stosunków prawnych,

W myśl pkt. 5.3.5. siwz wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych

19

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt. 5.4. siwz zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę, który:

Ppkt. 5 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

Ppkt. 6 – w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Ppkt. 7 – bezprawnie wpłynął lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące mu dać przewagę w postępowaniu o udzielenie

zamówienia,

Ppkt. 8 – brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba, że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt. 6.1.2.3 na wezwanie zamawiającego przy uwzględnieniu zastosowania w niniejszym postępowaniu tzw. Procedury odwróconej przewidzianej w art. 24aa ustawy, wykonawca złożył wykaz urządzeń tj. środków transportu dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do siwz.

Zgodnie z pkt. 14.4 w kryterium oceny ofert „norma emisji spalin” zamawiający zamierzał przyznawać 2,5 pkt za każdy z samochodów przeznaczonych do realizacji zamówienia posiadający normę emisji spalin EURO 4, EURO 5 EURO 6

W dniu otwarcia ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 900 000zł. brutto. Wykonawcy zaoferowali następujące ceny za przedmiotowe zamówienie:

- MZU – 632 497,25zł. brutto,
- odwołujący – 819 925,55zł. brutto,
- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIK” M. J. – 1 607 040,00zł. brutto.

W formularzu ofertowym str. 2 wykonawca MZU wykazał następujący sprzęt do realizacji zamówienia:

1. Scania KRA 2032 (pojazd bezpylny, dwuosiowy średni pojemność 16 m3),
2. Renault KRA 55Y1 (pojazd bezpylny, dwuosiowy mały pojemność 9 m3) – EURO 4,
3. Iveco KRA 7321G (pojazd skrzyniowy) – Euro 4,

20

4. Scania KRA 1952A (pojazd hakowy),
5. MAN KR 4W168 (pojazd hakowy) – Euro 5

Na str. 12 oferty MZU złożył wykaz środków transportu według załącznika nr 6 do siwz, gdzie podał:

1. Scania KRA 2032 typ: samochód ciężarowy, model P94, ładowność 6480kg – NIE – pojazd własny,
2. Renault KRA 55Y1 typ: samochód ciężarowy, model Mascott 120.65, ładowność 2450kg – TAK – umowa użyczenia UMiG Skawina,
3. Iveco KRA 7321G typ: samochód ciężarowy, model 35C13, ładowność 650kg – TAK – pojazd własny,
4. Scania KRA 1952A typ hakowiec model P94 ładowność 9660kg – NIE – pojazd własny
5. MAN 26 440 TGS typ hakowiec, model 26 440 TGS ładowność 14 530 kg – Tak – umowa użyczenia firma BSS.

Na str. 42 znajduje się oświadczenie firmy BSS sp. j. o użyczeniu samochodu MAN 26.440 TGS hakowca, norma emisji spalin Euro 5 nr vin WMA26SZZ2AM551077 w przypadku uzyskania przez MZU zamówienia. Szczegółowe zasady użytkowania pojazdu określi stosowna umowa.

Załącznikami do protokołu postępowania jest 7 oświadczeń pracowników, w tym 3 osób pełniących funkcję kierownika zamawiającego i 4 członków komisji przetargowej, którzy oświadczyli, że nie pozostają w związku z wykonawcami, którzy mogłby budzić wątpliwości, co do ich bezstronności. Żadna z tych osób nie jest członkiem Rady Nadzorczej MZU. Członkami tej Rady są Ż. S., S. J., K. M., Ł. E.. Z wydruku ze strony gminaskawina.pl wynika, że kierownikiem Wydziału Rolnictwa i Ochrony Środowiska jest J. S., jednak nie są to dane zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej, z którego wynika, że p. S. jest kierownikiem Wydziału Gospodarki Komunalnej, a kierownikiem Wydziału Rolnictwa i Ochrony Środowiska jest p. P..

W dniu 12 czerwca 2017r. zamawiający wezwał MZU do złożenia m. in. wykazu urządzeń.

W dniu 13 czerwca 2017r. MZU odpowiedział, że wymagane dokumenty znajdują się w jego ofercie.

Zamawiający załączył do akt postępowania umowę użyczenia nr ROŚ/35/05 z dnia 17 maja 2005r., pomiędzy nim jako użyczającym, a MZU - użytkownikiem, z której wynika,

że użytkujący oddaje w bezpłatne użytkowanie fabrycznie nowy samochód specjalistyczny – śmieciarkę przeznaczony do zbiórki odpadów segregowanych typ 54 ANA7/SK-2 na podwoziu Renault Mascott 120.65 4x2. Użytkownik ma jej używać do zbierania i transportu odpadów komunalnych i segregowanych odpadów z terenu Miasta i

21

Gminy Skawina, nie może oddać osobie trzeciej do użytkowania bez zgody użytkującego, obciążając go koszty paliwa, ubezpieczeń, przeglądów rejestracyjnych i gwarancyjnych oraz bieżących napraw. Umowa jest zawarta na czas nieokreślony, a użytkownik ma zwrócić przedmiot użyczenia w stanie niepogorszonym, przy czym nie odpowiada za normalne zużycie.

Na kserokopii załącznika nr 6 do siwz sporządzonej z oferty MZU nadpisano „ocena” i odkreślono czerwoną linią poz. 5 tabeli ujmując tę pozycję w okrąg – pozycja dotyczy samochodu MAN użyczonego przez firmę BSS, pod tabelą znajduje się następujące stwierdzenie „ten samochód nie był brany pod uwagę do oceny spełniania warunków technicznych bo już w zakresie 1-4 spełnia”

Z protokołu oceny oferty nr 3 złożonej przez MZU wynika, że zamawiający podał wyszacowaną przez siebie wartość brutto oraz ceny zaoferowanych ofert i stwierdził, że cena oferty MZU jest niższa o 28,93% od wartości zamówienia. Natomiast cena oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MIKI jest rażąco wysoka i znacząco odbiega od cen pozostałych ofert i jest wyższa od wartości zamówienia o ponad 80% i zamawiający uznał, że jej kalkulacja jest nieuzasadniona, odbiega od cen rynkowych i prawdopodobnie jest wynikiem błędnego wyliczenia i dlatego komisja przetargowa nie widzi podstawy do obliczania średniej arytmetycznej cen złożonych ofert i porównywania ceny oferty najkorzystniejszej do tej średniej, uznając, że wystąpiły oczywiste okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia i w świetle art. 90 ust. 1a ustawy nie ma potrzeby wzywania MZU do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Z informacji o zamiarze zawarcia umowy o świadczenie usług komunalnych na rzecz Gminy Skawina z dnia 12 czerwca 2017r. wynika, że dotyczy ono odbioru odpadów komunalnych powstałych i zebranych na nieruchomościach zamieszkałych położonych w granicach administracyjnych Gminy Skawina oraz prowadzenie PSZOK, a zatem przedmiot zamówienia był inny niż w przedmiotowym postępowaniu.

Z siwz Gminy Skawina na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Skawina z roku 2013 wynika, że przedmiotem zamówienia był nie tylko odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych, ale także odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i zagospodarowanie wszystkich odpadów, a zatem przedmiot zamówienia był szerszy niż w przedmiotowym postępowaniu, wówczas najkorzystniejszą ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI.

Z wyciągu z siwz na świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Maków Podhalańskie wynika, że przedmiotem był odbiór i transport odpadów z terenów zamieszkałych, co nie odpowiada zakresowi przedmiotowego zamówienia, a ponadto wyciąg nie obejmuje

22

przedmiotu zamówienia, co nie pozwala zweryfikować czy przedmiotem zamówienia był wyłącznie odbiór odpadów. Niewątpliwie w cenę wchodziła także dzierżawa kontenerów, co wynika z VIII Rozdziału pkt. 2.4., jak również wskazane tam ilości odpadów (2 983,2 Mg) nie odpowiadają ilościom wynikającym z przedmiotowego postępowania.

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że wybrane zostało przedsiębiorstwo EKO-SKAWA za cenę 834 993,36zł., czyli 279,89zł./Mg

Z wyciągu na odbiór i transport stałych odpadów komunalnych na terenie Miasta i Gminy Myślenice wynika, że dotyczy on odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych, a także dostawy pojemników i worków. Wywóz odpadów ma dotyczyć 10 080 Mg/rok czyli 20 160Mg za dwa lata. Ponownie przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że zaoferowano za ten przedmiot następujące ceny: 5 961 600zł., 3 779 934,64zł., 4 147 200zł., a zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3 732 480zł. brutto. Czyli dla najtańszej oferty 187,50zł./MG

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na zbiórkę i wywóz odpadów komunalnych z terenu gminy Stryżawa – obwód III wynika, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych stałych zmieszanych i segregowanych z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych, a szacowana ilość odpadów to 386 Mg, a więc nieadekwatna do przedmiotowego zamówienia, a wybrano ofertę z cenę 74 280zł. czyli 192,44zł.

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na zbiórkę i wywóz odpadów komunalnych z terenu gminy Stryżawa- obwód I wynika, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych stałych zmieszanych i segregowanych z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych, a szacowana ilość odpadów to 640 Mg, a więc nieadekwatna do przedmiotowego zamówienia, a wybrano ofertę z cenę 112800zł. czyli 176,25zł. Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na zbiórkę i wywóz odpadów komunalnych z

terenu gminy Stryżawa- obwód II wynika, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych stałych zmieszanych i segregowanych z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych, a szacowana ilość odpadów to 328 Mg, a więc nieadekwatna do przedmiotowego zamówienia, a wybrano ofertę z cenę 75 480zł. czyli 230,12zł./Mg

Z ogłoszenia o zamówieniu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta Sucha Beskidzka wynika, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych stałych zmieszanych i segregowanych z terenów zamieszkałych i niezamieszkałych, a szacowana ilość odpadów to 2100 Mg, a z informacji z otwarcia ofert wynika, że złożono 1 ofertę Beskidy

23

– Tourist na kwotę 471 679,20zł. czyli 224,61zł./Mg, co jest kwotą zbliżoną do przeznaczonej– 472 000zł.

Z wyciągu z siwz na odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Szaflary wynika, że jest to zamówienie na odbiór odpadów komunalnych, nie wiadomo z jakiego rodzaju nieruchomości i czy wykonawca przyjmował dodatkowe obowiązki np. zakup pojemników, a wielkość to 1762,60 Mg.

Z otwarcia ofert wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 300 000zł., a wykonawcy zaoferowali kwoty 322 320 zł., czyli 182,87zł./Mg i 333 600zł.

Z wyciągu z siwz na odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy Zawoja w 2017r. wynika, że jest to zamówienie na odbiór odpadów komunalnych, nie wiadomo z jakiego rodzaju nieruchomości i czy wykonawca przyjmował dodatkowe obowiązki np. zakup pojemników, a wielkość to 1496 Mg.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania 380 000zł., a jedyny wykonawca zaoferował cenę 380 039,88zł czyli 254,04zł./Mg.

Z powyższego zestawienia wynika, że ceny wykonawców wahają się od 176,25zł./Mg do 279,89zł., czyli rozpiętość ofert wynosi 103,64zł. na 1 Mg, przy czym w większości przypadków poza postępowaniem z udziałem odwołującego w Myślenicach oferty nie odbiegały znacznie od wartości przeznaczonej przez zamawiającego, a nawet w Myślenicach ta rozbieżność sięgnęła 159,72%, a w przedmiotowym postępowaniu różnica ta wynosi 178,56zł. W pozostałych postępowaniach zaoferowane oferty mieszczą się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia lub przekraczają ją jedynie o kilka procent.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm. ost. 2017r. poz. 933)

Art. 7 ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ust. 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Ust. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 22 ust. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 24 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

19) wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;

Art. 24 ust. 4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 25a. ust. 3. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu

wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie,

w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu: 2) zamieszcza informacje o tych podmiotach

w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 -

jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

1) jest niezgodna z ustawą;

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

Art. 90.a. ust. 1a W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm. ost. z 2017r. poz. 1132

Art. 3. ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Ust. 2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia

geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub

lub niewykonania umowy, naśladownictwo

produktów, pomawianie nieuczciwe

zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Art. 15 ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Izba ustaliła, że MZU dysponuje pojazdem KRA 55Y1 na podstawie nazwanej umowy cywilnoprawnej – użyczenia, którą reguluje art. 710 i nast. Kodeksu cywilnego. Jest to zatem

26

stosunek zobowiązaniowy pozwalający MZU na korzystanie z rzeczy bezpośrednio. Umowa ta została zawarta w 2005r., a więc 12 lat temu i nie na potrzeby tego przedmiotowego postępowania. W ocenie Izby korzystanie z zasobu bezpośrednio nie mieści się w pojęciu udostępnienia zasobu przez inny podmiot. Przepis art. 22a ust. 1 ustawy mówi bowiem wyraźnie o poleganiu na zasobach innego podmiotu w sposób zależny od tego podmiotu, czyli na zasadach i warunkach przez ten podmiot określonych na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 22a ust. 2 wprost bowiem wskazuje, że zasób pozostaje zasobem innego podmiotu, a wykonawcy jedynie pozostawiany jest do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia. Załączona do akt postępowania o udzielenie zamówienia umowy użyczenia zawarta pomiędzy zamawiającym, a MZU nie jest umową zawartą na potrzeby tego zamówienia i zezwala MZU na korzystanie z przedmiotu użyczenia przez czas nieokreślony. Tym samym w ocenie Izby nie jest to zasób udostępniony, o którym mowa w art. 22a ustawy.

Izba ustaliła, że użyczenie miało miejsce 12 lat temu, co w ocenie Izby świadczy o tym, że koszt nabycia pojazdu zamortyzował się, a zatem okoliczność jego darmowego użyczenia nie stawia obecnie MZU w uprzywilejowanej pozycji, gdyż tak jak inni wykonawcy posiadający zamortyzowany sprzęt, musi ponosić koszty utrzymania tego pojazdu – paliwa, eksploatacyjne, ubezpieczenia, przeglądów technicznych.

Izba ustaliła, że zamawiający nie brał pod uwagę przy ocenie spełniania warunku zdolności technicznej hakuca używanego przez firmę BSS, natomiast brał go pod uwagę przyznając punkty w kryteriach oceny ofert. Izba ustaliła, że odwołujący kwestionował poddanie oferty MZU ocenie ofert jako niedopuszczalne z uwagi na zachodzenie przesłanek wykluczenia oraz odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę, natomiast nie kwestionował wysokości przyznanych punktów w ramach poszczególnych kryteriów ocen.

Izba ustaliła, że zamawiający nie wzywał MZU do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz sporządził notatkę, w której wskazywał na powody takiego odstąpienia, w tym na rażące

zawyżenie ceny oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MIKI. Izba ustaliła, że nie ma sporu pomiędzy stronami, że cena oferty MZU nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, różnica w obliczeniach pomiędzy odwołującym, a zamawiającym sięga około 1%. Przy czym zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza, aby zamawiający drastycznie nie doszacowywali wartości zamówienia. Tylko jeden przypadek – gminy Myślenice pokazuje na możliwość złożenia oferty znacząco przekraczającej budżet zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy świadczy o tym, że wykonawcy w postępowaniach odpadowych oferują ceny za 1 Mg znacznie od siebie odbiegające nawet do 100zł. na 1 Mg, a jednocześnie oferty wykonawców mieszczą się w granicach możliwości finansowych zamawiających. Tym samym incydentalne przypadki znacznego przekroczenia budżetu zamawiającego w ocenie Izby pokazują, że zamawiający prawidłowo ocenił, że

27

oferta przekraczająca kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia o 178% nie jest ofertą standardową oferowaną na przedmiotowym rynku lokalnym odpadów w województwie małopolskim, co mogło w ocenie Izby w sposób uprawniony doprowadzić do ustaleń poczynionych przez zamawiającego w protokole odstąpienia od zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy wobec oferty MZU.

Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem prowadzonym według zasad dla postępowań poniżej progów unijnych. Izba ustaliła także, że odwołujący kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej, a także zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Izba stwierdziła z urzędu, że wniesione odwołanie nie spełnia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, w tym art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedziby zamawiającego, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła stan znany Izbie z urzędu, że Sądy Okręgowe wydały 22 orzeczenia uwzględniające skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych tj. :

- 1) wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt: IX Ga 502/16),
- 2) wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt: II Ca 1461/16),
- 3) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 1018/16),
- 4) wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/17),
- 5) wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017 r. (sygn. akt: I Ca 399/16),
- 6) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 145/17),
- 7) wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 116/17),
- 8) wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1626/16),
- 9) wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 60/17),
- 10) postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 17 marca 2017 r. (sygn. akt: VII Ga 61/17),
- 11) wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 115/17),
- 12) wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 56/17),

28

-
- 13) wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: I Ca 51/17),
 - 14) postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1517/16)],
 - 15) Sąd Okręgowy w Katowicach 20.04.2017;
 - 16) Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze 24.04.2017;
 - 17) Sąd Okręgowy w Olsztynie 10.05.2017;
 - 18) Sąd Okręgowy w Poznaniu 10.05.2017;
 - 19) Sąd Okręgowy w Olsztynie 23.05.2017;
 - 20) Sąd Okręgowy w Lublinie 25.05.2017;
 - 21) Sąd Okręgowy w Warszawie 25.05.2017; oraz
 - 22) Sąd Okręgowy w Krakowie z 26.05.2017;
- Wyroki oddalające skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych:
- 1) wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 837/16)- zaskarżony skargą kasacyjną
 - 2) wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. (sygn. akt: IV Ca 1051/16);
- Wyroki umarzające postępowanie skargowe:
- 1) postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt: V Ga 325/16),
 - 2) postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1142/16)

3) Sąd Okręgowy we Wrocławiu 4.04.2017

4) Sąd Okręgowy w Kielcach 17.04.2017

W świetle zatem wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Izba wzięła także pod uwagę wyrok Izby z dnia 13 czerwca 2017r. wydany w sprawie sygn. akt KIO 1077/17.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

29

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy to jest zostało wniesione z uchybieniem terminu jego wniesienia, gdyż zgłoszenie powinno nastąpić do dnia 3 lipca 2017r., a nastąpiło w dniu 6 lipca 2017r., nadto zgłaszający nie wykazał przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 24, ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art 25a ust. 3 pkt 2) ustawy i art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy, a to poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia MZU z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty MZU pomimo, iż MZU nie wykazał, iż spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu

i
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust 1 ppkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 ustawy, a to w wyniku bezzasadnego zaniechania wykluczenia MZU z postępowania i odrzucenia oferty MZU wobec zawnionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, skoro samodzielnie nie posiada środków technicznych umożliwiających realizację zamówienia, nie złożył oświadczenia o tym, że podmioty udostępniające zasoby nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a nadto nie przedstawił dowodu, iż będzie dysponował pojazdem Renault KRA 55Y1

Zarzuty nie potwierdziły się. Według ustalonego przez Izbę stanu faktycznego pojazd bezpylny mały był w bezpośrednim użytkowaniu przez MZU od 2005r., a zatem w ocenie Izby nie był zasobem udostępnianym na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, w konsekwencji wykonawca nie był zobowiązany do składania oświadczenia w trybie art. 25a ust. 3 pkt 2 ustawy, tym samym mógł służyć wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu i zamawiający prawidłowo w tym zakresie zbadał ofertę MZU i w konsekwencji prawidłowo uznał, że MZU dysponuje pojazdem bezpylnym małym. Zamawiający prawidłowo także ustalił, że MZU dysponuje jako właściciel hakiem Scania KRA 1952A. Zamawiający wymagał 1 haku na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. MZU wykazał dwa haki, zatem jeden z nich był wystarczający do uznania, że MZU spełnia warunek zdolności technicznej. Odwołujący nie kwestionował pojazdów: bezpylnego dużego i pojazdu skrzyniowego, zaś co do pozostałych dwóch wymaganych pojazdów ustalony stan faktyczny pozwalał na przyjęcie, że MZU wykazał wymagany przez zamawiającego potencjał techniczny. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający nie dopuścił się obrazy zarzucanych mu przepisów ustawy. W ocenie Izby zaoferowanie większej niż wymagana ilości sprzętów daje zamawiającemu prawo do wyboru, który z tych sprzętów uzna za

30

spełniający warunek, a który za nadmiarowy. Izba wielokrotnie miała do czynienia z oceną sytuacji zwłaszcza w świetle nieprawdziwych informacji w rozumieniu nieobowiązującego już

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdzie przedmiotem oceny Izby było czy stanowi nieprawdziwą informację przedstawienie przez wykonawcę nadmiernej w stosunku do ilości wymaganych przez zamawiającego informacji o spełnianiu warunku np. dodatkowe doświadczenie, więcej niż wymagane personelu, czy też więcej sprzętu, w sytuacji, gdy część z nich nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale jednocześnie zamawiający zbadał, że wykazany i niesporny potencjał doświadczenia, kadry czy sprzętu jest wystarczający na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wówczas Izba jednolicie stawiała na stanowisku, że nadmiarowe informacje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie mogą być uznane za dające podstawę do wykluczenia wykonawcy, gdyż ich złożenie nie ma wpływu na wynik postępowania. W ocenie Izby, to stanowisko pozostaje aktualne na gruncie znowelizowanych przepisów, gdyż art. 24 ust. 1 pkt 16 mówi o informacjach wprowadzających w błąd na potwierdzenie spełniania warunku, a informacja o drugim hakuwcu nie jest informacją na potwierdzenie spełniania warunku, ale informacją nadmiarową, skoro zamawiający wymagał 1 hakuwca, tym samym przepis ten nie ma zastosowania, a nawet gdyby przyjąć, że każda informacja mogąca wprowadzić w błąd zamawiającego daje podstawę do wykluczenia z mocy art. 24 ust. 1 pkt 17, to w ocenie Izby nie wykazano drugiej przesłanki tj. wpływu na wynik postępowania. Jak słusznie zauważył zamawiający nawet gdyby w ocenie ofert pominąć hakuwiec firmy BSS, to i tak ta oferta pozostanie ofertą najkorzystniejszą. W tym kontekście nadmiarowa informacja nie miała wpływu na wynik postępowania.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego pojazd KRA 55Y1 nie jest pojazdem udostępnionym w rozumieniu art. 22a ustawy. Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający dysponując dokumentem – umową użyczenia ROŚ/35/05, nie miał podstaw, aby żądać jej przedstawienia od MZU. Przepis art. 26 ust. 6 ustawy stanowi bowiem,

że wykonawca nie

jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 (spełnianie warunków udziału w postępowaniu) i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 poz. 111 oraz z 2016 poz. 352). Pojazd MAN 26.440 TGS nie służył wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę MZU nie wprowadził zamawiającego w błąd co do oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przez odwołującego przepisów ustawy. Co do zarzutu zaniechania zastosowania art. 24 ust. 1 pkt

31

19 ustawy, to zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza, że wykonawca MZU lub jego pracownik lub osoba wykonująca dla niego pracę na umowie cywilnoprawnej przygotowywała przedmiotowe zamówienie. Brak takiego dowodu w aktach sprawy, nawet przy szacowaniu wartości zamówienia zamawiający brał pod uwagę informacje od Zakładu Usług Komunalnych, co potwierdza oświadczenie p. T. G. Również zgromadzony materiał dowody nie potwierdza, aby którykolwiek z członków rady nadzorczej MZU brał udział w przygotowaniu tego zamówienia. Fakt udziału zamawiającego w radzie nadzorczej spółki komunalnej jest uregulowany albo w ustawie o gospodarce komunalnej, albo w statucie i jako taki nie jest przeszkodą dla spółki komunalnej do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie zamawiający może wyposażać swoje spółki komunalne w mienie, czy to przekształcanego zakładu budżetowego, czy przez wniesienie udziałów, a odwołujący nie wykazał, że zakazane jest wnoszenie przez zamawiającego majątku do spółki komunalnej w drodze umów cywilnoprawnych, nadto ten aspekt pozostaje poza oceną zgodności z ustawą, która określa kompetencje orzecnicze Izby. W ocenie Izby ponownie należy podkreślić, że fakt użyczenia 12 lat temu pojazdu świadczy o tym, że pojazd został już zamortyzowany i nie świadczy o tym, że zamawiający na potrzeby tego postępowania w sposób preferencyjny potraktował MZU.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z art 7 ustawy, a to z uwagi na fakt, że oferta jest niezgodna z ustawą, bowiem naruszona została zasada uczciwej konkurencji i transparentności postępowania, gdyż zamawiający, jak wynika z dokumentów załączonych przez MZU do oferty, jedynie MZU zaoferował możliwość

użyczenia sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia, w formie użyczenia, a .zatem pod tytułem darmym, tym samym stawiając MZU w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu

Zarzut nie potwierdził się. Sam odwołujący przyznaje, że nie jest zakazane ustawą udostępnianie przez zamawiających wykonawcom sprzętu i urządzeń, których zamawiający są właścicielami. Odwołujący kwestionuje jedynie, to że zamawiający udostępnił pojazd tylko MZU. W ocenie Izby ocena stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie nie pozwala na przyjęcie, że oferta MZU jest niezgodna z ustawą, gdyż do użyczenia doszło 12 lat przed wszczęciem tego postępowania, a MZU ponosi samodzielnie wszelkie koszty związane z użytkowaniem pojazdu, a jego potencjalna przewaga konkurencyjna polegająca na nieponoszeniu kosztów zakupu pojazdu, z uwagi na okres jego użytkowania, obecnie nie występuje – pojazd zamortyzował się. W ocenie Izby MZU z racji użyczenia tego pojazdu nie posiada obecnie przewagi konkurencyjnej i na takich samych zasadach będzie konkurować z wykonawcami, którzy zamierzają usługę świadczyć pojazdami zamortyzowanymi. Oczywiście

32

jest, że wykonawca, który zamierza świadczyć usługę pojazdem nowym będzie ponosił inne koszty, niż ten który posiada pojazd zamortyzowany, jednak zamawiający w niniejszym postępowaniu nie postawił wymogu świadczenia usługi pojazdem nowym, czy niezamortyzowanym. Tym samym stawienie powyższej tezy przez odwołującego jest niezasadne. Zgromadzony przez samego odwołującego materiał dowodowy poza tym, że nie dotyczy przetargów wyłącznie na odbiór odpadów i wyłącznie z nieruchomości niezamieszkałych, to wskazuje na to, że ceny za odbiór 1Mg odpadów wahają się od 176,25zł. brutto do 277,89zł. brutto, co świadczy o tym, że rynek odbioru odpadów jest zróżnicowany, natomiast nie stanowi dowodu na to, że cena oferty odwołującego jest rażąco zaniżona właśnie przez użyczenie tego pojazdu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1, 2 i art 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z art 90 ust 1a ustawy, a to z uwagi na fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a tym samym zmierzając do eliminacji pozostałych wykonawców z rynku odbioru i zagospodarowania odpadów w Skawinie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym zamawiający zaniechał wezwania MZU do wyjaśnienia ceny złożonej w ofercie,

Zarzut z jednej strony jest przedwczesny, a z drugiej nie potwierdził się w świetle zgromadzonego materiału dowodowego. Przedwczesność zarzutu wynika z faktu, że zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy jako rażąco niskiej bez przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, a ta w niniejszym postępowaniu nie była prowadzona. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na znaczne rozbieżności w oferowanych cenach za 1 Mg odpadu, co daje podstawę do stwierdzenia, że cena oferty odwołującego niższa o mniej niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia i oferty odwołującego nie może być automatycznie traktowana jako oferta z rażąco niską ceną. Z

kolei zgromadzony materiał dowodowy wykazuje, że oferta przekraczająca możliwości finansowe zamawiającego o 178% jest rzadkością, jeśli nie powiedziec wyjątkiem na rynku odbioru odpadów w województwie małopolskim, tym samym w ocenie Izby zamawiający był uprawniony do oceny przesłanek negatywnych zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy o których mowa w art. 90 ust. 1a in fine. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów zarzucanych przez odwołującego. Co do tego, że wykorzystanie sprzętu użyczonego przez zamawiającego przed 12 laty, w ocenie Izby nie prowadzi do powstania radykalnej, przewagi konkurencyjnej MZU nacechowanej na wyeliminowanie konkurencji lub jej ograniczenie.

33

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MZU, podczas gdy winna ona podlegać odrzuceniu z uwagi na wyżej wskazane przesłanki wykluczenia MZU, z postępowania, a tym samym poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy

wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym dokonanie oceny ofert w sposób oczywiście wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy)

Zarzut nie potwierdził się. Co do braku naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba odniosła się wcześniej i w tym miejscu podtrzymuje dotychczasową argumentację. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zostało przez odwołującego wykazane, gdyż w ocenie Izby nie wykazał on sprzeczności treści oferty z treścią siwz, zaś przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, do tego trybu postępowania ma zastosowanie art. 24 ust. 4 – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Tym samym zamawiający nie stosując art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy nie dopuścił się naruszenia ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący: