Sygn. akt: KIO 1276/17

WYROK
z dnia 5 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock** przy udziale wykonawcy: **SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 31, 09-400 Płock,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** , i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od wykonawcy: **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Gmina Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1276/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „odbiór *odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Miasto Płock – sektor III".* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 036-065266.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego oraz zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Odwołujący wskazując na powyższe sformułował następujące zarzuty naruszenia przepisów prawa:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w celu uzyskania zamówienia, złożył nieprawdziwe oświadczenie w postępowaniu w zakresie możliwości spełniania warunków w postępowaniu, odnoszących się w szczególności do dysponowania odpowiednimi zasobami ludzkimi

(kadrą) przy realizacji zamówienia publicznego, jak również przedstawił rażąco niską cenę;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jako że przedstawione przez tego wykonawcę dokumenty zawierają rażąco niską cenę, jak również nie wskazują na istnienie odpowiedniego potencjału kadrowego, niezbędnego do możliwości realizacji zamówienia;
3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień w razie ujawnienia okoliczności wskazujących na fakt świadomego, rażącego zaniżenia ceny przez Przystępującego, jak również na fakt niedysponowania wystarczającym potencjałem kadrowym przez Przystępującego do realizacji zamówienia;
4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14, 10 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (daje „u.z.n.k.") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Przystępującego, podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Pzp;
7) art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której przyjęcie naruszać będzie bezpieczeństwo publiczne;
8) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3, art. 14 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 k.c. z uwagi na pierwotną niemożliwość świadczenia zaoferowanego przez Przystępującego.

Odwołujący podniósł również, że do niniejszego zamówienia stosuje się bezpośrednio przepisy Dyrektywy 2014/24/UE oraz prawa pierwotnego, w tym Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z tej przyczyny, że wartość zamówienia przekracza tzw. „progi unijne". Powyższe oznacza, jak podkreślił Odwołujący, konieczność zapewnienia prowadzenia postępowania zgodnie z wytycznymi zawartymi w Dyrektywie, w tym takiej wykładni prawa krajowego, która zapewni efektywne stosowanie prawa unijnego (wyrok TSUE 14/83).

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wskazał na poniższe naruszenia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE:

9) art. 42 ust. 6 i art. 44 (w szczególności ust. 2) Dyrektywy, zgodnie z którymi wykonawca ma obowiązek dowiedzenia, że *„wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w specyfikacjach technicznych, kryteriach udzielenia zamówienia lub warunkach realizacji zamówienia"* poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której możliwości wykonania zgodnie z SIWZ wykonawca nie udowodnił;
10) art. 69 ust. 1 Dyrektywy poprzez niewezwanie Przystępującego do wyjaśnień w razie wyjścia na jaw okoliczności wskazujących na fakt świadomego, rażącego zaniżenia ceny przez Przystępującego, jak również na fakt niedysponowania przez Przystępującego wystarczającym potencjałem kadrowym do realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że przedstawione przez Przystępującego informacje w ofercie, m. in. z uwagi na publiczne oświadczenie dokonane na ramach Gazety Wyborczej - Płock z dnia 19 czerwca 2017 r. (Dz. / Nr 140) w artykule pt.:

„SUEZ ZATRUDNI...", dalej „publiczne oświadczenie":

a) są nieprawdziwe co do możliwości wykonania zamówienia publicznego, w szczególności co do posiadania przez Przystępującego odpowiedniego potencjału kadrowego,
b) potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny, która została zaproponowana przez Przystępującego wyłącznie w celu wygrania postępowania przetargowego.

Odwołujący podał, że zgodnie z publicznym oświadczeniem prezesa zarządu Przystępującego K. I.: *„Do Miejskiego Urzędu Pracy zgłosiliśmy zapotrzebowanie na 30 nowych pracowników, kierowców z uprawnieniami na samochody ciężarowe i pracowników fizycznych".* Kontekst wypowiedzi, jak twierdzi Odwołujący, dotyczył postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Okoliczność ta wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż Przystępujący nie dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym, dzięki któremu byłby zdolny do wykonania zamówienia publicznego. Obowiązek zatrudnienia nowych pracowników przemawia więc za wnioskiem, w ocenie Odwołującego, zgodnie z którym wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 297/13, KIO 300/13: „Konieczność *realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy".* Ponadto, jak podał Odwołujący, Izba wskazała, iż „wymowa *tych orzeczeń jest jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak* że *ma ono charakter realnego* - że *udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia".* Analogiczne stanowisko KIO zajęła, jak podkreślił Odwołujący, w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1125/10.

Z powyższych wyroków w sposób bezsporny wynika, zdaniem Odwołującego, iż Przystępujący powinien dysponować odpowiednim potencjałem kadrowym już w chwili wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Oferta bowiem jest potwierdzeniem pewnego stanu rzeczy, jak zauważył Odwołujący, który musi być realnie odzwierciedlony w rzeczywistości. W przeciwnym wypadku, jak podkreślił Odwołujący, istniałaby możliwość wyboru wykonawców, którzy *de facto* nie spełnialiby warunków postępowania przetargowego, lecz powoływaliby się, iż warunki te spełnią w przyszłości. Sytuacja ta jest niedopuszczalna, zdaniem Odwołującego, w szczególności z uwagi na zasadę przejrzystości zamówień publicznych z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność powinna skutkować, w ocenie Odwołującego, wykluczeniem z postępowania wykonawcy, który nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, jak również oferta Przystępującego nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W podobnym tonie, jak podał Odwołujący, wypowiada się KIO w orzeczeniu z dnia 8 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1144/16: *„Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a dysponowanie to ma mieć rzeczywisty charakter. Realność udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego należy odnosić do poszczególnych sytuacji i konkretnego zamówienia, należy oceniać ją w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia".* Skoro dysponowanie przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty, to tym bardziej, zdaniem Odwołującego, wykonawca powinien dysponować własnym potencjałem w sposób realny.

Powyższe wskazuje także, w ocenie Odwołującego, na pierwotną niemożność świadczenia usług przez Przystępującego, co stanowi wypełnienie dyspozycji z art. 387 k.c.

Skoro Przystępujący wskazuje w oświadczeniu publicznym, iż wymagane jest dodatkowe zatrudnienie osób, to zdaniem Odwołującego oznacza to, że podał informacje nieprawdziwe, iż jest w posiadaniu odpowiedniego potencjału. Okoliczność ta przemawia za tym, zdaniem Odwołującego, by Przystępujący został wykluczony z postępowania. Również przyznanie się przez prezesa zarządu Przystępującego K. I. do tego, iż stawki specjalnie zostały zaniżone, wskazuje, w ocenie Odwołującego, na podawanie nierzetelnych danych. Odwołujący zwrócił uwagę, że na pytanie dziennikarza: *„Jak to się stało,* że *obniżyła swoje stawki nawet o parę milionów złotych?"* prezes zarządu Przystępującego odpowiedział: *„Bo chcieliśmy wygrać"* i wyjaśnił, iż *„Po pierwszej przetargowej turze długo wszystko*

analizowaliśmy. Wiedzieliśmy, że wymogi techniczne, np. utworzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych czy posiadanie pojazdów z silnikami spełniającymi europejskie standardy ekologiczne, mogą spełniać także nasi konkurenci, spodziewaliśmy się też, i słusznie, jak się okazało, że dojdą nowi gracze na płockim rynku. Postanowiliśmy więc zawalczyć ceną, która stanowi 60% oceny. I się udało".

Powyższa wypowiedź, zdaniem Odwołującego, nie tylko wskazuje na nierzetelność podanych informacji, zawartych w ofercie Odwołującego, lecz również na celowe i umyślne zaniżenie ceny przez tego Wykonawcę. Wypowiedź tego rodzaju, jak podkreślił Odwołujący, powinna zmusić Zamawiającego do refleksji, który powinien zwrócić się do Przystępującego o wyjaśnienia. Takich aktywności, jak wskazał Odwołujący, w niniejszym postępowaniu brak.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 466/17: *„Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niepotwierdzające, że zaoferowana cena jest cena rażąco niska o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień*

uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym".

To na instytucji zamawiającej, jak podkreślił Odwołujący, jako gospodarzu postępowania, spoczywa obowiązek dbania o prawidłowość przeprowadzenia procedur w sposób rzetelny i zgodny z prawem. Powyższy wyrok wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienia w każdym stadium postępowania, także po dokonanej czynności wyboru ofert.

W tym miejscu Odwołujący przytoczył tezy z orzeczenia KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 40/17: *„Ze stanu faktycznego sprawy wynika, że Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż popełnił błąd, poprzez dokonanie wyboru oferty bez uprzedniego dokonania czynności jej zbadania w zakresie spełnienia wszystkich warunków SIWZ. Wbrew jednak twierdzeniu Zamawiającego, błąd ten nie jest nieusuwalny. Jeśli nawet była to wada polegająca na wyborze błędnej oferty, to w ocenie Izby, nie była to wada, której nie można usunąć. Zamawiający ma bowiem możliwość naprawienia błędu. Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy".*

Powyższe oświadczenie publiczne stanowi przesłankę i okoliczność, po zaistnieniu której Zamawiający powinien, w ocenie Odwołującego, podjąć się refleksji na temat możliwości podania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny. Zakres wyjaśnień, zdaniem Odwołującego, powinien również odnosić się do możliwości technicznych (kadrowych), posiadanych przez Przystępującego.

Powyższe wskazuje, w opinii Odwołującego, na błędy postępowania, które powinny skutkować nie tylko unieważnieniem wyboru oferty Przystępującego i wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania, lecz również ponowną oceną złożonych w postępowaniu innych ofert.

Podane przez Przystępującego, nieodpowiadające prawdzie informacje, jak podkreślił Odwołujący, nie znajdują swojego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Postępowanie tego typu, zdaniem Odwołującego, jest czynnością wprowadzającą w błąd inne podmioty.

Działanie Przystępującego, zapewnianie o właściwościach oferowanych usług, wskazuje, w ocenie Odwołującego, na stosowanie praktyk niekonkurencyjnych, polegających m.in. na:

- nieuczciwym oznaczaniu własnych usług (ich zakresu), w tym w zakresie posiadanych przez siebie zasobów ludzkich niezbędnych do realizacji zamówienia,
- rozpowszechnianie nieprawdziwych wiadomości w zakresie właściwości oferowanych

przez siebie cen usług, które są rażąco niskie oraz naruszają uczciwe praktyki rynkowe.

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie przez Przystępującego świadczenia usług o tak niskiej cenie, jak również przy braku posiadania odpowiedniej kadry do jego prawidłowego wykonania zamówienia, skutkować może, zdaniem Odwołującego, negatywnymi konsekwencjami na rynku gospodarki odpadami w Płocku. Okoliczność prawidłowego utrzymania porządku i czystości na samorządu terenie jednostek terytorialnego stanowi, jak podniósł Odwołujący, główny cel i zadanie podmiotów publicznych. W związku z tym ustawodawca, jak zauważył Odwołujący, położył nacisk na doniosłość gospodarki odpadami, której zachwianie może doprowadzić do zalegania odpadów. Wskazane wątpliwości, zdaniem Odwołującego, mogą przynieść też niekorzystne rezultaty, których adresatami będą w szczególności mieszkańcy. Okoliczność ta, w opinii Odwołującego, może być rozważana pod kątem bezpieczeństwa publicznego, albowiem zachowanie czystości i w rezultacie niedopuszczanie do rozpowszechniania się skutków jej braku związane jest z zagadnieniem bezpieczeństwa obywateli.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Zamawiający prowadząc postępowanie dokonał naruszenia przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1987) oraz przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 250).

Odwołujący zauważył, że SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek przekazania całego strumienia odpadów odebranych z terenu Gminy Miasta Płock (w tym również odpadów zbieranych selektywnie) do instalacji posiadającej status RIPOK. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, jak podał Odwołujący, wykonawca zobowiązany jest do przekazania wszystkich odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości położonych na terenie miasta Płocka do Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami w Płocku Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, zakład położony w Kobiernikach 42 (Sekcja II: Przedmiot, punkt II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu). Na powyższe wskazuje również, jak zauważył Odwołujący, treść § 2 wzoru umowy, zgodnie z którym przedmiotem umowy jest odbiór odpadów komunalnych zgromadzonych w pojemnikach i workach na terenach nieruchomości położonych na terenie Gminy - Miasto Płock i przekazanie ich do Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami w Płocku Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, zakład położony w Kobiernikach 42.

Tym samym, co podkreślił Odwołujący, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zobowiązał wykonawców do przekazania całego strumienia odpadów do Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami w Płocku Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku (instalacja posiadająca status RIPOK), tj. zobowiązał wykonawców do przekazania do

RIPOK również odpadów zbieranych selektywnie (wraz ze zmieszanymi odpadami komunalnymi i odpadami zielonymi). Powyższe działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest niezgodne z obowiązującym stanem prawnym, bowiem instalacje posiadające status RIPOK przeznaczone są do prowadzenia działalności jedynie w zakresie przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) jest zakład zagospodarowania odpadów, o mocy przerobowej wystarczającej do przyjmowania i przetwarzania odpadów z obszaru zamieszkanego co najmniej przez 120 tys. mieszkańców, spełniający wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, w tym wykorzystujący nowe dostępne technologie przetwarzania odpadów lub zapewniający:

1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych i wydzielanie ze zmieszanych odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub
2) przetwarzanie selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów oraz wytwarzanie z nich produktu o właściwościach nawozowych lub środków wspomagających uprawę roślin, spełniających wymagania określone w przepisach odrębnych, lub materiału po procesie kompostowania lub fermentacji dopuszczonego do odzysku w procesie odzysku R10, spełniającego wymagania określone w przepisach wydanych na podstawie art. 30 ust. 4, lub
3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych o pojemności pozwalającej na przyjmowanie przez okres nie

krótszy niż 15 lat odpadów w ilości nie mniejszej niż powstająca w instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych.

Powyższą regulację, jak zauważył Odwołujący, uzupełnia art. 91 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.

Z powyższych przepisów wynika, w ocenie Odwołującego, iż instalacje posiadające status RIPOK przeznaczone są do prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania dwóch frakcji odpadów, tj.: zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VI SIWZ *„o zamówienie publiczne mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp tj. nie podlegają wykluczeniu i spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie:*

1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:
Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada wpis do:
a) rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Płocka, zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250 ze zmianami),
b) rejestru firm, o którym mowa w art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013, poz. 21 ze zm.) oraz w art. 116 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2015 r., poz. 1688 ze zm.),
c) rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) lub posiadania zezwolenia na transport odpadów, wydanego przez właściwy organ na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zm.).
2. sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Zamawiający nie określa szczegółowo spełnienia warunku)
3. zdolności technicznej lub zawodowej:
Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże,
a) że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usługę lub usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości wykonane w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie minimum 4 000 Mg.
b) że spełnia wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) w zakresie dostosowania baz do wymagań rozporządzenia."

W rozdziale III pkt 14 SIWZ Zamawiający wskazał: *„Zamawiający wymaga, aby czynności w zakresie realizacji zamówienia określonego niniejszym Opisem Przedmiotu Zamówienia były realizowane przez osoby zatrudnione u Wykonawcy lub podwykonawcy na umowę o pracę w zakresie wykonywania czynności związanych z:*
- kierowaniem pojazdami, przy pomocy których realizowana jest usługa odbioru odpadów z nieruchomości lub przewozu odpadów z PSZOKa,

---

- ładowaniem na pojazdy odpadów komunalnych,
- obsługą Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych".

Izba ustaliła, na podstawie artykułu, który ukazał się w Gazecie Wyborczej - Płock w dniu 19 czerwca 2017 r. pt.: „SUEZ zatrudni…", zawierającego wywiad z K. I. – prezesem zarządu Przystępującego, że ww. wskazał m.in., że: *„Do Miejskiego Urzędu Pracy*

zgłosiliśmy zapotrzebowanie na 30 nowych pracowników, kierowców z uprawnieniami na samochody ciężarowe i pracowników fizycznych". Dalej, na pytanie: *„Jak to się stało, że obniżyła swoje stawki nawet o parę milinów złotych?",* prezes zarządu odpowiedział: *„Bo chcieliśmy wygrać (…) Po pierwszej przetargowej turze długo wszystko analizowaliśmy. Wiedzieliśmy, że wymogi techniczne, np. utworzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych czy posiadanie pojazdów z silnikami spełniającymi europejskie standardy ekologiczne, mogą spełniać także nasi konkurenci, spodziewaliśmy się też, i słusznie, jak się okazało, że dojdą nowi gracze na płockim rynku. Postanowiliśmy więc zawalczyć ceną, która stanowiła 60 proc. oceny. I się udało".*

Izba ustaliła na podstawie oświadczenia osoby fizycznej z dnia 3 lipca 2017 r. (objętego poufnością ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa), że ww. osoba stwierdziła, iż otrzymała propozycję zatrudnienia ze strony Przystępującego. Przystępujący wskazywał, jak wynika z przedmiotowego oświadczenia, iż chce pozyskać dodatkowych pracowników, bowiem nie ma wystarczającego potencjału kadrowego do realizacji zamówień na odbiór odpadów komunalnych.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zrzutu ze strony internetowej http://www.pgkplock.pl, gdyż dowód ten nie zmierzał do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Na podstawie rzeczonego dowodu można jedynie ustalić, że Przystępujący prowadzi rekrutację na stanowisko kierowca – ładowacz, który to proces nie świadczy o tym, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, że nie były one sformułowane, jak również nie przesądza, iż Przystępujący nie ma możliwości świadczenia usług, będących przedmiotem niniejszego zamówienia.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu ze Sprawozdania Zarządu Spółki z działalności SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. za rok 2016 oraz z oświadczenia Przystępującego o stanie zatrudnienia na dzień 30 czerwca 2016 r. (pismo z dnia 30 czerwca 2017 r.) uznając, że zaofiarowane dowody pozwalają na ustalenie stanu zatrudnienia na określone daty, która to okoliczność nie jest kwestionowana.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadków:

1) A. L. na okoliczność przeprowadzenia wywiadu z K. I. – prezesem zarządu Przystępującego, który ukazał się w Gazecie Wyborczej Płock w dniu 19 czerwca 2017 r. pt.: „SUEZ zatrudni…" oraz na okoliczność twierdzeń tam wskazanych,
2) K. I. na okoliczność twierdzeń zawartych w ww. artykule, gdyż wskazane

okoliczności nie są sporne między stronami (nie jest objęta sporem treść wywiadu), a ponadto, w ocenie Izby, okoliczności te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Po pierwsze z tej przyczyny, że Zamawiający nie sformułował warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Po drugie, stwierdzenie ceny rażąco niskiej nie jest możliwe na podstawie treści wywiadu.

Dodatkowo wskazać należy, że przesłuchanie danej osoby w charakterze strony, gdy powinna być ona przesłuchana w charakterze świadka i odwrotnie, jak podkreśla się w literaturze, stanowi uchybienie procesowe. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron dopuszczalne jest wyjątkowo, gdy w świetle oceny sądu, opartej na całokształcie okoliczności sprawy, brak jest w ogóle innych środków dowodowych albo, gdy istniejące okazały się niewystarczające do wyjaśnienia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie należy dopuszczać dowodu z przesłuchania stron, jeżeli sąd za pomocą innych środków dowodowych wyrobi sobie przekonanie co do stanu faktycznego i zgłoszonych przez strony żądań. Sąd nie tylko nie ma obowiązku uwzględnienia wniosku dowodowego, ale ewentualne przeprowadzenie dowodu w takiej sytuacji miałoby charakter uchybienia procesowego. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo (orzeczenie SN z dnia 17 listopada 1946 r., C III 719/45, OSN 1948, nr 2, poz. 34, wyrok SA w Katowicach z 20 kwietnia 2016 r., V ACa 701/15, wyrok SA w Gdańsku z 10 marca 2016 r., V ACa 762/15).

Prezentowane poglądy zostały sformułowane na gruncie przepisu art. 299 k.p.c. i choć przepis ten nie ma zastosowania do postępowania odwoławczego, to jednak wobec braku odpowiedniej regulacji, a jednocześnie mając na względzie tożsamość źródeł dowodowych, wydaje się, że poglądy te zachowują aktualność i są adekwatne na gruncie

niniejszej sprawy.

Przedłożone przez Odwołującego na rozprawie opracowania: „Zestawienie ofert złożonych przez firmę SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Gminę Miasto Płock w 2017 r.”, „Zestawienie ofert złożonych przez firmę SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Gminę Miasto Płock w 2016 r. oraz 2017 r.”, „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy – Miasto Płock” Izba uznała za stanowisko strony w postępowaniu.

12

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w ocenie Izby, Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania. Okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, że Odwołujący nie uzyskałby zamówienia, nawet w przypadku, gdyby doszło do wykluczenia Przystępującego z postępowania, bowiem cena jego oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie pozbawia Odwołującego prawa do wniesienia odwołania. Przedmiotowa okoliczność mogłaby stanowić co najwyżej przesłankę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym miejscu dodać należy, że pogląd ten znajduje akceptację w aktualnym orzecznictwie Izby (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2395/16).

Zdaniem Izby, przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania nie mogą być jednocześnie kwalifikowane jako „brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. Przeczy to bowiem logicznej wykładni i racjonalności ustawodawcy. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby określona okoliczność wywoływała odmienne skutki. Co więcej, powstawałoby wtenczas pytanie, jaki skutek w tej sytuacji ma pierwszoplanowe znaczenie i kto o tym decyduje. Z tych przyczyn odmówienie Odwołującemu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) nie znajduje uzasadnienia.

Dodatkowo należy zauważyć, że z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 wynika, że gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, to każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazał Trybunał - powyższy interes w uzyskaniu zamówienia może przejawiać się również w ten sposób, iż jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w takim nowym postępowaniu udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.

Wskazane orzeczenie wywarło wpływ na orzecznictwo Izby, które „interes w uzyskaniu danego zamówienia” obecnie interpretuje nieco szerzej niż miało to miejsce dotychczas.

13

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów wskazać należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, a nadto został sformułowany wadliwie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć w szczególności zdolności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składnia ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp). Zaś z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Analiza powołanych wyżej przepisów skłania do konstatacji, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.

W ocenie Izby, czego Odwołujący nie dostrzegł, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający formułując w rozdziale VI SIWZ warunki udziału w postępowaniu nie określił warunku w zakresie zdolności zawodowej. Konsekwentnie, nie wskazał również wśród dokumentów wymienionych w rozdziale VIII SIWZ, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu tych, które wiązałyby się ze zdolnością zawodową. Oznacza to, że Zamawiający zrezygnował ze sformułowania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, a zatem ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym przedmiocie przez Przystępującego jest niedopuszczalna i niemożliwa.

Z tych przyczyn, na obecnym etapie postępowania, Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zdolności zawodowej, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Jeśli Odwołujący uważał, że Zamawiający winien na etapie oceny ofert weryfikować rzeczoną zdolność, to mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej i wnieść odwołanie (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Skoro zaś tego nie uczynił, jego żądanie oceny zdolności zawodowej Przystępującego jest absolutnie nieuzasadnione.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że gdyby dopuścić do oceny, jakiej domaga się Odwołujący, oznaczałoby to konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa na etapie postępowania odwoławczego, co stoi w sprzeczności po pierwsze, z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, z obowiązkiem wyartykułowania rzeczonych warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po trzecie, z możliwością oceny spełniania przedmiotowych warunków jedynie w okolicznościach ich sformułowania i w konsekwencji, co prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp. Stąd też czynności Odwołującego nie zasługują na ochronę.

Dodać również należy, że Odwołujący domaga się oceny spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, które nie były wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ i których wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia, nie widząc przeszkód do oceny w oparciu o dokumenty, które Odwołujący sam wskazuje. Zabieg ten nie może spotkać się aprobatą, bowiem gdyby to przyjąć, doszłoby do naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który uprawnienie dla określenia katalogu tych dokumentów przypisuje zamawiającemu, wiążąc ocenę spełniania rzeczonych warunków z tymi właśnie określonymi przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, dokumentami.

Wreszcie, powyższe należy uznać za niedopuszczalne mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy muszą mieć wiedzę w oparciu, o jakie okoliczności i dokumenty oferta będzie oceniania i informacja ta musi pochodzić od zamawiającego, który ją upublicznia na określonym etapie postępowania. Zatem, nie ma możliwości, aby to inny wykonawca na etapie postępowania odwoławczego formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy.

Z tych względów żądanie przez Odwołującego oceny zdolności zawodowej

wykonawcy nie znajduje uzasadnienia, a w konsekwencji niemożliwe jest stwierdzenie braku przedmiotowej zdolności i to zarówno z tej przyczyny, że Zamawiający nie wyartykułował

warunku udziału w postępowaniu w tym przedmiocie, jak i z tego powodu, że ocenia spełniania warunków udziału w postępowaniu może następować wyłącznie w oparciu o dokumenty zawarte w ofercie, czy też złożone na wezwanie zamawiającego (art. 26 ust. 1 – 3 ustawy Pzp).

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje fakt, że Zamawiający w rozdziale lll pkt 14 SIWZ żądał wykonywania określonych czynności realizowanych w toku wykonywania zamówienia przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Wskazany obowiązek nie stanowi bowiem warunku udziału w postępowaniu.

Wskazywane przez Odwołującego orzecznictwo na poparcie tezy, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieadekwatne. Po pierwsze bowiem, przywołane orzeczenia dotyczą sytuacji, w której warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane. Po drugie, prezentuje wywody na temat posługiwania się podmiotem trzecim przez wykonawcę w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Odwołujący domagał się również stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp *„z powodu zaniechania wykluczenia wykonawcy SUEZ jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jako że przedstawione przez tego wykonawcę dokumenty zawierają rażąco niską cenę”.* Powyższy zarzut został sformułowany wadliwie, stąd też brak podstaw do jego uwzględnienia. Mocą powołanego przepisu należy wykluczyć z postępowania wykonawcę, który m.in. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Instytucja rażąco niskiej rażąco niskiej ceny nie mieści się w katalogu warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1b ustawy Pzp), stąd też nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Okoliczność ta stanowi postawę do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Stwierdzenie przez Przystępującego w powołanym artykule, że zgłosił do Urzędu Pracy zapotrzebowanie na nowych pracowników, posiadających określone uprawnienia nie stanowi okoliczności świadczącej o pierwotnej niemożliwości świadczenia usług przez Przystępującego, a w konsekwencji podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego w świetle art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp (przepis ten nie składa się z ustępów, wbrew wskazaniu Odwołującego) w zw. z art. 387 k.c. Z faktu prowadzenia rekrutacji przez przedsiębiorcę nie sposób wyprowadzić wniosku, że to konkretne świadczenie, w tym przypadku zamówienie, będzie niewykonalne. Tym bardziej, jeśli Zamawiający w tym zakresie nie określił potencjału i potencjał ten może ulec zmianie na

dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia (zatrudnienie dodatkowych osób czy też przesunięcia pracowników pomiędzy podmiotami powiązanymi z Przystępującym). Co więcej, okoliczności rzeczonej niemożliwości świadczenia Odwołujący nie wykazał. Za taką próbę z pewnością nie można uznać wskazanego twierdzenia Przystępującego, jak i faktu poszukiwania pracowników na stanowisko kierowca – ładowacz. Powołane okoliczności są jedynie dowodem na to, że Przystępujący prowadzi rekrutację.

Analogicznie należy ocenić oświadczenie osoby fizycznej z dnia 3 lipca 2017 r. Jeśli nawet na wskazany dzień Przystępujący nie posiada wystraczającej ilości pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia, co nie sposób przyjąć na podstawie jednego oświadczenia osoby prywatnej, to tym bardziej Odwołujący nie wykazał, że tego potencjału Przystępujący nie uzyska na dzień realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający nie sformułował warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie zdolności zawodowej, a w konsekwencji wykonawcy nie składali oświadczenia na tę okoliczność, to tym samym nie jest możliwe stwierdzenie, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na marginesie należy

dodać, że wprowadzenie w błąd nie jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy z postępowania, konieczne jest również wykazanie, iż nastąpiło to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nadto, podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wskazanych okoliczności stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, a nie jak błędnie wskazał Odwołujący – art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący domagał się również wykluczenia Przystępującego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak wskazywano już wyżej, stwierdzenie rażąco niskiej ceny, niezależnie od tego, że w tym postępowaniu Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący taką zaoferował, stanowi podstawę do odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), a nie do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Twierdzenie przez Odwołującego, że Przystępujący zaoferował rażąco niską cenę, jak też, że Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest wewnętrznie sprzeczne. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe wyłącznie na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w tym przedmiocie na wezwanie zamawiającego (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp). Skoro więc Przystępujący nie został wezwany do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, to nie ma podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny (nie ma substratu do oceny). Zatem, brak

wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień wyklucza możliwość stwierdzenia rażąco niskiej ceny.

Na marginesie należy zauważyć, że niezależnie od tego, iż stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe wyłącznie na postawie wyjaśnień wykonawcy, a nie na podstawie udzielonego wywiadu, to wbrew twierdzeniom Odwołującego, na podstawie rzeczonego wywiadu nie sposób stwierdzić, że Przystępujący w tym postępowaniu (sektor III) celowo i umyślnie zaniżył cenę. Z chęci wygrania przetargu i z faktu obniżenia ceny w kolejnym przetargu nie można wyprowadzić wniosku, niezależnie od wskazywanych przeszkód formalnych, że cena ma charakter rażąco niski. Powyższe stwierdzenie, zdaniem Izby, wskazuje na dopuszczalne i usprawiedliwione zachowania podmiotów w warunkach konkurencji.

Przedmiotowe stwierdzenie, zdaniem Odwołującego, powinno skłonić Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby, każdy racjonalny wykonawca, w kolejnym postępowaniu, po unieważnieniu pierwotnego, znając ofertę konkurencji i posiadając wiedzę, że cena stanowi kryterium oceny ofert o wadze 60%, będzie dążył do obniżenia swojej ceny celem uzyskania zamówienia i powyższe jest objawem walki konkurencyjnej występującej w danym segmencie rynku.

Odwołujący zaś nie wykazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia i skłonić Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, przedłożone przez Odwołującego opracowania nie stanowią wystraczającej podstawy do powzięcia przez Zamawiającego wskazanych wątpliwości.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że twierdzenie, iż Przystępujący powinien zaoferować cenę przekraczającą 11 mln zł (trzykrotność ceny zaoferowanej w postępowaniu w ubiegłym roku, którego przedmiotem było świadczenie spornej usługi przez rok, a w badanym postępowaniu umowa zawarta będzie na 3 lata) nie znajduje uzasadnienia. Powodem tego jest fakt, że cena nie jest wartością stałą, zmienia się w zależności od warunków, przedmiotu, zakresu. Całkowicie nieuprawione, zdaniem Izby, jest twierdzenie, że cenę kalkuluje się w taki sam sposób dla okresu 1 roku i 3 lat, stąd też taki prosty zabieg rachunkowy (przeliczenie ceny za trzy lata), zastosowany przez Odwołującego, jest absolutnie nie do zaakceptowania. Ponadto, Odwołujący pominął, że w postępowaniu prowadzonym w 2016 r. w inny sposób wykonawcy kalkulowali ryzyko, bowiem w tamtym postępowaniu usługa była rozliczana ryczałtowo bez określenia limitu odpadów, natomiast w niniejszym postępowaniu ten limit został określony. Powyższe, w ocenie Izby, ma istotny

wpływ na sposób kalkulacji i tym samym na wysokość ceny w obu postępowaniach, a w konsekwencji różnica w cenie na poziomie ponad 4 mln zł pomiędzy ofertami Przystępującego złożonymi w 2016 r. i w roku bieżącym nie budzi wątpliwości.

Okoliczność, że Przystępujący obniżył cenę oferty w tym postępowaniu o ok. 4 mln zł względem oferty, którą złożył ok. miesiąc wcześniej (postępowanie zostało unieważnione) nie stanowi jeszcze podstawy do wezwania Przystępującego do wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący obniżył cenę o 8 mln zł oraz, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest adekwatna do wartości szacunkowej zamówienia, której Odwołujący skutecznie nie zakwestionował.

Dodatkowo należy zauważyć, że sformułowanie przez Odwołującego na kanwie powyższych okoliczności faktycznych zarzutu naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest wadliwe. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zaś przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyjaśniania treści oferty, w szczególności zaoferowanego świadczenia.

Za całkowicie chybione należy również uznać zarzut zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie dysponowania przez Przystępującego odpowiednim potencjałem kadrowym. Po pierwsze, podstawa prawna rzeczonego naruszenia została wadliwie określona. Powołane przepisy dotyczą bowiem wyjaśniania treści oferty i zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Po drugie, brak podstaw do żądania wyjaśnienia okoliczności, których obowiązku wykazania nie miał wykonawca (zdolność zawodowa).

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia wobec braku wskazania przez Odwołującego jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, które mogłoby podlegać ocenie w świetle podanego przepisu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14, 10 i 3 u.z.n.k. okazał się chybiony. Nie poddaje się ocenie stwierdzenie, że Przystępujący w sposób nieuczciwy oznacza własne usługi. Twierdzenie to dla Izby pozostaje niezrozumiałe, bowiem Odwołujący nawet nie wyjaśnia, na czym rzekome nieuczciwe oznaczenie miałoby polegać. Natomiast nieprawdziwych informacji, które według twierdzeń Odwołującego, były rozpowszechniane przez Przystępującego, Izba nie stwierdziła.

Co więcej, dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest wystarczające jedynie wskazanie czynu stypizowanego w danym przepisie, ale wykazanie okoliczności objętych hipotezą danego przepisu, czemu Odwołujący nie sprostał.

Stwierdzenie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie było możliwe w niniejszym stanie faktycznym. Rzeczony przepis znajduje bowiem zastosowanie w sytuacji, w której ofertę złoży wykonawca wykluczony z postępowania lub niezaproszony do składania ofert. Opisana okoliczność nie zaktualizuje się w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, bowiem tutaj nie mamy dwuetapowej oceny (wnioski, oferty), a skoro tak, to wskazany zarzut należało uznać za bezprzedmiotowy.

Odwołujący łączy okoliczność zaoferowania przez Przystępującego niskiej ceny i braku posiadania odpowiedniej kadry z zagrożeniem bezpieczeństwa publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 7d ustawy Pzp). Izba nie podziela tej oceny. Po pierwsze bowiem, Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie pozwoli na wykonanie przedmiotowego zamówienia i tym samym odpady będą zalegać na terenie Gminy – Miasto Płock. Po drugie, brak podstaw do twierdzenia, że Przystępujący nie dysponuje wymaganą kadrą do realizacji przedmiotowego zamówienia (o czym była mowa wyżej), a w konsekwencji nie zrealizuje przedmiotowego zamówienia.

Zarzut, że Zamawiający formułując treść ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszył przepisy ustawy o odpadach oraz o utrzymaniu porządku i czystości w gminach jest spóźniony i jako taki nie podlega rozpoznaniu (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Ogłoszenie

o zamówieniu i SIWZ zostały odpowiednio opublikowane i zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2017 r., co oznacza, iż rzeczony zarzut powinien być zgłoszony do dnia 30 kwietnia 2017 r., zaś został podniesiony w odwołaniu wniesionym w dniu 22 czerwca 2017 r.

Powołanie określonych przepisów dyrektywy, które zdaniem Odwołującego, zostały naruszone, nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia ich naruszenia. Powyższe wymaga uzasadnienia i wykazania, czego Odwołujący nie uczynił.

Zarzutu naruszenia przepisu art. 22d ustawy Pzp Izba nie objęła badaniem z uwagi na ograniczenia wynikające z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, tym samym zarzut zgłoszony przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 4 lipca 2017 r., co do naruszenia art. 22d ustawy Pzp, nie podlegał rozpoznaniu. Niezależnie od

powyższego, na marginesie dodać należy, że brak byłoby podstaw do stwierdzenia przedmiotowego naruszenia w okolicznościach, w których Zamawiający nie sformułował warunków udziału w postępowaniu.

Z analogicznych powodów Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Ograniczenia wynikające z przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie dają podstaw do weryfikowania zarzutów sformułowanych po wniesieniu odwołania. Rzeczony zarzut został powołany w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 4 lipca 2017 r., a nie w odwołaniu

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……