Sygn. akt: KIO 2585/14

WYROK
z dnia 19 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **5 grudnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, 48-303 Nysa** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gminę Ziębice, ul. Przemysłowa 10, 57-220 Ziębice,**

przy udziale **wykonawcy – Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, ul. Stawowa 2a, 57-220 Ziębice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

---

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, 48-303 Nysa**
i nakazuje:
1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, 48-303 Nysa,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, 48-303 Nysa** na rzecz zamawiającego **Gminę Ziębice, ul. Przemysłowa 10, 57-220 Ziębice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146)** na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Wałbrzychu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2585/14

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Ziębice, ul. Przemysłowa 10, 57-220 Ziębice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne – na terenie Gminy Ziębice«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **13.09.2014 r.** pod nrem **2014/S 176-311035.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146)** zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **25.11.2014 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, ul. Stawowa 2a, 57-220 Ziębice [dalej wykonawca ZUK].**

Wykonawca **Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, ul. Morcinka 66E, 48-303 Nysa,** zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł **05.12.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na bezpodstawne:

1) uznanie, że **wykonawca ZUK** wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ lub specyfikacja bez bliższego określenia);
2) zaniechanie wezwania **wykonawca ZUK** do uzupełnienia dokumentów w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp;**
3) zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ZUK** z postępowania;
4) zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy ZUK;**
5) dokonanie wyboru oferty **wykonawcy ZUK,** jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

1) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;**
2) **art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp;**
3) **art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2a i art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz**

---

4) **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.**

Odwołujący wniósł o:

1) dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) dokonania czynności wykluczenia **wykonawcy ZUK** z postępowania;
3) dokonania czynności odrzucenia oferty **wykonawcy ZUK.**

Argumentacja odwołującego

I. BRAK WEZWANIA DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW WYKONAWCY ZUK

Wykonawca ZUK do swojej oferty, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, załączył zaświadczenie z Gospodarczego Banku Spółdzielczego o możliwości udzielenia kredytu w wysokości 150.000 zł po spełnieniu m.in. wymogów Instrukcji udzielania kredytów jednostkom samorządu terytorialnego w GBS Bank w Strzelinie.

Mimo że zaświadczenie to nie potwierdza ani posiadania przez **wykonawcę ZUK** środków finansowych, ani zdolności kredytowej, wymaganych postanowieniem **rozdz. V ust. 1 pkt 4 SIWZ,** to zamawiający uznał, że przedmiotowe zaświadczenie nie zawiera błędów.

Zaświadczenie to odnosi się do wymogów dotyczących jednostek samorządu terytorialnego, których to wymogów **wykonawca ZUK,** jako niebędący taką jednostką, nie może spełnić. Zgodnie z **art. 164 Konstytucji RP** i **ustawami samorządowymi,** jednostkami samorządowymi są: gmina, powiat i województwo samorządowe.

Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z udziałem samorządu gminnego nie należą do jednostek samorządu terytorialnego. W zaświadczeniu nie ma wprost określenia zdolności kredytowej. Jest mowa o możliwości udzielenia kredytu po spełnieniu wymogów, w tym wymogu wyżej wymienionego. W sytuacji niemożności spełnienia tego wymogu przez **wykonawcę ZUK,** abstrakcyjną staje się możliwość udzielenia kredytu przez bank. Zaświadczenie o takiej treści nie potwierdza spełnienia przez **wykonawcę ZUK** w zakresie wymaganej zdolności kredytowej. Zamawiający w takiej sytuacji powinien wezwać **wykonawcę ZUK** do uzupełnienia informacji z banku o posiadaniu środków lub o zdolności kredytowej. Zaniechaniem tym zamawiający naruszył **art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2a i art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp.**

Odwołujący nie wnosi o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu wezwania **wykonawcy ZUK** do uzupełnienia informacji z banku, ponieważ zachodzą przesłanki prawne i faktyczne do wykluczenia **wykonawcy ZUK** z postępowania i odrzucenia jego oferty z powodów, które będą wymienione niżej. Zatem w przypadku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o nakazanie zamawiającemu wykluczenia **wykonawcy ZUK** z

---

postępowania i odrzucenia jego oferty, nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów stanie się bezprzedmiotowe.

II. RAŻĄCO NISKA CENA OFERTY

Zamawiający pismem z **27.10.2014 r.,** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp,** wezwał **wykonawcę ZUK** do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązał **wykonawcę ZUK** do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy i wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Nadto zamawiający wskazał, że jego wątpliwości do rzetelności zaoferowanej ceny oferty wzbudza koszt odbioru i zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji, gdzie cena jednostkowa wskazana przez **wykonawcę ZUK** wynosi 60,00 zł, oraz koszt odbioru i zagospodarowania papieru, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych, metalu, popiołów oraz pozostałych odpadów suchych zmieszanych, gdzie cena jednostkowa wskazana przez **wykonawcę ZUK** wynosi 13,00 zł.

Zamawiający zapoznał się z cenami zagospodarowania wskazanych wyżej frakcji odpadów w Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) i stwierdził, że ceny te są znacznie wyższe od cen jednostkowych wskazanych przez **wykonawcę ZUK.**

Wykonawca ZUK na czynność zamawiającego bezpodstawnego wezwania go do złożenia wyjaśnień nie wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, za to w piśmie z **31.10.2014 r.** złożył wyjaśnienia. Wyjaśnienia te nie obaliły, wprowadzonego przez zamawiającego wezwaniem do złożenia wyjaśnień, domniemania wystąpienia w ofercie **wykonawcy ZUK** rażąco niskiej ceny. Nie wyjaśniają także wątpliwości zamawiającego do wysokości wymienionych wyżej cen jednostkowych. Ceny te są elementami oferty i powinny być na żądanie zamawiającego wyjaśnione. Nie została wyjaśniona także kwestia innych powodów zaoferowania w ofercie niskiej ceny za wykonanie zamówienia.

Wykonawca ZUK nie skupił się na obaleniu domniemania występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny w sposób wskazany w wezwaniu przez zamawiającego, tylko skupił się na krytyce zamawiającego, że ten w wezwaniu dokonał wybiórczej analizy kosztów jednostkowych odbioru i zagospodarowania odpadów, że pominął koszty jednostkowe innych odpadów, które wpływają na ostateczną cenę oferty.

Wykonawca ZUK, na potwierdzenie, że zamawiający w wezwaniu niewłaściwe postawił względem niego żądania, przytoczył wybrane przez siebie, nieprzystające do okoliczności sprawy – literaturę, orzecznictwo KIO i Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Wykonawca ZUK w wyjaśnieniach porównał cenę swojej oferty z ceną oferty odwołującego wskazując, że cena jego oferty nie odbiega w istotny sposób od ceny oferty odwołującego. **Wykonawca ZUK** stwierdził, że ramach oferowanej ceny zdolny jest do wykonania przedmiotu zamówienia, ale już nie stwierdził, że wykona je z zyskiem.

Wszystkie powyżej wskazane stwierdzenia i zarzuty skierowane pod adresem zamawiającego powinny znaleźć się nie w wyjaśnieniach kierowanych do zamawiającego tylko w odwołaniu, które **wykonawca ZUK** mógłby wnieść do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego bezpodstawnego wezwania do złożenia wyjaśnień i bezpodstawnego wprowadzenia domniemania występowania rażąco niskiej ceny w ofercie **wykonawcy ZUK.**

Nie wnosząc odwołania, **wykonawca ZUK** zobowiązany był do złożenia wyjaśnień obalających domniemanie występowania rażąco niskiej ceny, z uwzględnieniem oczekiwań zamawiającego do argumentów rozwiewających wątpliwości zamawiającego.

Właściwym elementem wyjaśnień **wykonawcy ZUK,** dotyczącym tematyki możliwości zaoferowania niskiej ceny oferty, jest wskazanie czynnika obniżającego cenę oferty z powodu posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Ziębic. Jest to natomiast stwierdzenie na tyle ogólnikowe, że nie może być uznane za wyjaśniające występowanie niskiej ceny oferty i obalające domniemanie występowania w ofercie rażąco niskiej, tym bardziej, że jest to jedyny zaprezentowany argument.

W wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek odniesienia do wpływu faktu posiadania bazy magazynowo-transportowej w Ziębicach na poziom obniżenia ceny oferty **wykonawcy ZUK** brak jakichkolwiek kalkulacji czy objaśnień.

Wykonawca ZUK w wyjaśnieniach wskazał, że posiadanie bazy magazynowo-transportowej w Ziębicach jest jednym z wielu decydujących czynników obniżających cenę oferty. Jest to stwierdzenie niezwykle tajemnicze, bo **wykonawca ZUK** innych decydujących

czynników nie ujawnił, a być może wyjaśniłyby one tak niską cenę oferty.

W protokole sporządzonym 06-07.11.2014 r. komisja przetargowa stwierdziła, że 03.11.2014 r. wpłynęły wyjaśnienia **wykonawcy ZUK** odnośnie rażąco niskiej ceny. Komisja także stwierdziła, że biorąc pod uwagę wyjaśnienia nie ma uwag do zaoferowanej ceny. Nadto komisja stwierdziła, że komisja sugerowała się wyrokiem KIO 1338/13 z 18 czerwca 2013 r. i przekazuje powyższe stanowisko kierownikowi zamawiającego do zatwierdzenia. Stanowisko to zostało zatwierdzone przez kierownika.

Wyrok KIO 1338/13, którym sugerowała się komisja przetargowa, w żadnym stopniu nie jest adekwatny do przedmiotowej problematyki. W sprawie objętej wyrokiem, wezwanie

---

zamawiającego było niewłaściwie zredagowane, dotyczyło wyjaśnienia przez wykonawcę ceny jednostkowej, gdzie zarzucono cenie jednostkowej, że jest rażąco niska. Nadto cena oferty tamtego wykonawcy była wyższa o blisko **360.000 zł** od kwoty, którą tamten zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia. W swej odpowiedzi tamten wykonawca zawarł szczegółowe wyjaśnienia opisowe wskazujące obiektywne okoliczności pozwalające mu zaoferować cenę oferty na poziomie niższym niż ceny ofert konkurentów. Nadto na poziomie realnym, bo wyższym od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał na:

– doświadczenie grupy kapitałowej, w której skład wchodzi, – innowacyjność usługi na polskim rynku powodująca, że wykonawca bazując na doświadczeniu grupy kapitałowej, może łatwiej oszacować ryzyko oferując konkurencyjne ceny,
– efekt synergii pozwalający wykonawcy skutecznie obniżać koszty,
– dysponowanie własnymi instalacjami do „doczyszczania" odpadów, a w konsekwencji otrzymanie surowców o dużej wartości rynkowej oraz brak konieczności przekazywania do zagospodarowania odpadów o niskiej wartości,
– współpracę z wieloma partnerami handlowymi zajmującymi się przetwarzaniem odpadów oraz z współpracę recyklerami,
– scentralizowany system sprzedaży odpadów przez wykonawcę jako wchodzącego w skład grupy kapitałowej ALBA Trading CEE Sp. z o.o., pozwalający wygenerować lepsze ceny sprzedaży.

Tamten wykonawca załączył do wyjaśnień tabelę określającą wpływ poszczególnych czynników na cenę jego oferty. **Wykonawca ZUK** natomiast w wyjaśnieniach wskazał, że jest wiele decydujących czynników obniżających cenę oferty, ale zaprezentował tylko jeden – posiadanie bazy magazynowo-transportowej w Ziębicach, i nie dokonał najmniejszego konkretnego odniesienia wpływu tego faktu na cenę oferty.

Odwołującemu wydaje się, że **wykonawca ZUK** nie dokonał tego, dlatego że nie łatwo jest wykazać decydującego wpływu na cenę oferty faktu dysponowania bazą magazyno-wo-transportową. Odpady ulegające biodegradacji nie mogą być kierowane do bazy magazynowo-transportowej, muszą być kierowane bezpośrednio do RIPOK, zatem fakt posiadania bazy magazynowo-transportowej na terenie Ziębic jest bez większego wpływu na cenę oferty, bo koszt zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji będzie jednakowy lub bardzo zbliżony u wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. W każdym przypadku, obojętnie kto uzyska przedmiotowe zamówienie, odpady te będą dostarczane z Ziębic do tego samego RIPOK-u.

Komisja przetargowa nie miała prawa zasugerować się wyrokiem KIO 1338/13 i uznać wyjaśnienia **wykonawcy ZUK** jako obalające domniemanie występowania w ofercie rażąco

---

niskiej ceny. Zauważyć należy, że cena oferty **wykonawcy ZUK** wynosi 1.768.168,20 zł, a kwota, którą przeznaczył zamawiający na wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosi 2.600.000 zł [ok. 68%]. I także w tym zakresie porównanie sytuacji **wykonawcy ZUK** z sytuacją opisaną w ww. wyr. jest niemożliwe. W związku z tym, zamawiający uznając wyjaśnienia **wykonawcy ZUK** i nie odrzucając jego oferty, naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.**

III. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA Z POWODU NIEWYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zamawiający pismem z 17.11.2014 r. wezwał **wykonawcę ZUK** w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp,** do uzupełnienia dokumentów, między innymi, wymienionego w pkt 1 wezwania,

uzupełnienia poświadczenia potwierdzającego, że usługa wskazana w wykazie usług – **załącznik nr 7 do SIWZ w wierszu 4,** świadczona na rzecz Gminy Ziębice, jest wykonywana należycie. Zamawiający wyjaśnił, że usługa ta jest wykonywana nadal i w związku z tym referencje załączone do oferty nie spełniają wymogu określonego w specyfikacji do usług okresowych lub ciągłych. Zamawiający przypomniał, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji dowodem, o którym mowa w **pkt 1** wezwania jest poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Zamawiający w wezwaniu przypomniał także, że uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez **wykonawcę ZUK** warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin składania ofert upłynął **20.10.2014 r. Wykonawca ZUK** w odpowiedzi na wezwanie, za pismem z **19.11.2014 r.** uzupełnił poświadczenie z Gminy Ziębice podpisane przez zastępcę burmistrza i datowane po terminie składania ofert, tj. **20.11.2014 r.**

Z licznego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że uzupełniany dokument może być wystawiony po terminie składania ofert, byleby z treści dokumentu wynikał fakt spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zamawiający w odniesieniu do poświadczeń dotyczących usług wykonywanych nadal, zgodnie z postanowieniem **rozdz. VI ust. 1.2 pkt 1 SIWZ** będącego odzwierciedleniem **§ 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może** żądać **zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,** żądał, aby poświadczenia te były wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Intencją postanowienia **rozdz. VI ust. 1.2 pkt 1 SIWZ** i intencją przepisu **§ 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia** było, aby w przypadku usług nadal wykonywanych, wiedza zamawiającego

---

o należytym wykonywaniu zamówienia była jak najbardziej aktualna, nie starsza niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Uzupełnione poświadczenie wydane **20.11.2014 r.** określa należyte wykonanie, tej nadal wykonywanej usługi, do **30.06.2014 r.** Tak wynika z treści uzupełnionego dokumentu. Zatem wiedza zamawiającego o należytym wykonywaniu tej usługi nie obejmuje wymaganego okresu 3 miesięcznego przed terminem składania ofert. Zamawiający nie ma wiedzy, jak aktualnie jest wykonywana usługa. Aktualność tę należy określić datami **20.07-20.10.2014 r.** Aktualność wiedzy byłaby zachowana, gdyby dokument ten określał datę należytego wykonywania usługi najpóźniej na **20.07.2014 r.** lub gdyby w ogóle nie określał daty brzegowej należytego wykonywania usługi, co wtedy znaczyłoby, że usługa także w dniu wydania poświadczenia jest wykonywana należycie.

Uzupełnione poświadczenie wydane **20.11.2014 r.** nie wypełnia wymogów określonych postanowieniami **specyfikacji** oraz przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także wymogów dotyczących uzupełnianych dokumentów określonych w **art. 26 ust. 3 Pzp,** zatem nie może być uznane przez zamawiającego jako potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

Bez znaczenia w sprawie jest fakt, że **wykonawca ZUK** do wykazu usług wpisał ilości odebranych odpadów do **30.06.2014 r.,** i że poświadczenie potwierdza należyte wykonywanie tej usługi do tego samego dnia.

Uzupełnione poświadczenie byłoby właściwym, gdyby wykonywanie tej usługi zakończyło się **30.06.2014 r.** Jednak jest to usługa wykonywana nadal i aktualność wiedzy zamawiającego o należytym wykonywaniu tej usługi obowiązuje.

Pamiętając o jednorazowej możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp,** zamawiający powinien wykluczyć **wykonawcę ZUK** z postępowania jako wykonawcę, który mimo wezwania do uzupełnienia dokumentu, nie wykazał uzupełnionym dokumentem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.**

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, że ilości zebranych odpadów z terenu Gminy Ziębice w terminie **01.04-30.06.2014 r.** w ramach przedmiotowej usługi (usługa wykonywana nadal) nie mogą być zaliczone do wymaganych ilości zebranych odpadów określonych w **rozdz. V ust. 1 pkt 1 oraz rozdz. VI ust. 1.1 pkt 3 SIWZ,** bo nie zostało poświadczone, czy ta usługa jest wykonywana należycie.

Komisja przetargowa w **ust. 3 protokołu,** sporządzonego w dniach **10-14.11.2014 r.,** doskonale podzieliła na okresy i ilości odpady zebrane przez wykonawcę **ZUK** w ciągu

jednego roku. Z ilości odpadów zebranych w okresie **01.07.2013-30.06.2014 r.** (w okresie jednego roku), wymienionych w **pkt 2 ust. 3 protokołu,** należy odjąć:

– od łącznej ilości zebranych odpadów komunalnych zmieszanych (3.810,84 Mg) należy odjąć ilość 953,88 Mg (pozostanie 2.856,52 Mg, wymagane jest zebranie 1.500 Mg, zatem warunek w tym zakresie jest nadal spełniony),
– od łącznej ilości odpadów komunalnych zebranych selektywnie należy odjąć ilość 67,46 Mg (pozostanie 297,63 Mg, wymagane jest zebranie 320 Mg, zatem warunek w tym zakresie nie jest spełniony).

Ten stan skutkuje niewykazaniem się przez **wykonawcę ZUK** spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jeżeli chodzi o ilości odpadów komunalnych zebranych w okresie **01.04.2013-31.03.2014 r.** (w okresie jednego roku), wymienionych w **pkt 1 ust. 3 protokołu,** należy stwierdzić, że nie wszystkie ilości faktycznie zebranych odpadów komunalnych, zbieranych selektywnie przez **wykonawcę ZUK** w tym okresie, odpowiadają ilościom wymienionym w wykazie usług, a tym, samym także ilościom ujawnionym w ww. protokole.

Ilości faktycznie zebrane są niższe od ilości ujawnionych w wykazie usług i są mniejsze od ilości wymaganych przez zamawiającego postanowieniami specyfikacji. Zatem i w tym okresie **wykonawca ZUK** nie wykazał się zebraniem wymaganej ilości odpadów, co skutkuje niewykazaniem się przez **wykonawcę ZUK** spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca ZUK powinien zostać wykluczony przez zamawiającego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Nie dokonując tego, zamawiający naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.**

IV. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA Z POWODU PODANIA W OFERCIE WYKONAWCY ZUK NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI MAJĄCYCH WPŁYW NA WYNIK POSTĘPOWANIA

Wykonawca ZUK w wykazie usług – załączniku nr 7 do specyfikacji podał zawyżone ilości odpadów komunalnych zebranych selektywnie w okresie **01.04.2013-31.03.2014 r.,** doprowadzając w ten sposób do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co w efekcie stanowiło podstawę do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zatem podanie nieprawdziwej informacji miało wpływ na wynik postępowania.

Zawyżone ilości odpadów komunalnych pozwoliły na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy badaniu ofert (lub nie chciał zauważyć, że informacje są nieprawdziwe), bo w przypadku przeprowadzenia rzetelnego badania ofert, stwierdziłby podanie przez **wykonawcę ZUK** nieprawdziwych informacji. Wobec niewykluczenia

---

wykonawcy ZUK z postępowania z powodu podania o ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, zamawiający naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.**

V. Zamawiający przeprowadził postępowanie niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i postanowieniami specyfikacji, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w **art. 7 ust. 1 Pzp.** Zamawiający jest związany ustanowionymi przez siebie w specyfikacji wymaganiami względem wykonawców, zatem nie mógł zaniechać wyegzekwowania tych wymogów od **wykonawcy ZUK.** Nie mógł także zastosować w stosunku do tego wykonawcy reguł łagodniejszych od ustalonych przez siebie.

Zamawiający zamierzając udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych naruszył także **art. 7 ust. 3 Pzp.**

Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, który powinien być z postępowania wykluczony i jego oferta odrzucona, naruszył również **art. 91 ust. 1 Pzp.**

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **05.12.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **08.12.2014 r. [poniedziałek]** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

10.12.2014 r. wykonawca **Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, ul. Stawowa 2a, 57-220 Ziębice** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

17.12.2014 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także:

1) dowodu złożonego przez odwołującego (dowód nr 1) sprawozdania i korekty przystępującego za III, IV kw. 2013 r. oraz I kw. 2014 r., z których zamawiający

---

wywodzi podanie w ofercie przystępującego nieprawdziwych informacji i dodatkowo, że **po odjęciu ilości odpadów nieodebranych przystępujący nie wykazał wymaganej ilości 320 Mg odpadów komunalnych selektywnie odebranych z nieruchomości;**

2) dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 2) dokumenty w postaci sprawozdań kwartalnych sporządzonych na potrzeby ewidencji odpadów na potwierdzenie, że **wskazane przez przystępującego w wykazie wykonanych usług ilości odpadów komunalnych zebranych selektywnie są ilościami podanymi prawidłowo**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – bezpodstawnego uznania, że **wykonawca ZUK** wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji ani zarzut drugi – bezpodstawnego zaniechania wezwania **wykonawca ZUK** do uzupełnienia dokumentów w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że w informacji banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy [wystawioną we właściwym terminie – nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert], zgodnie z sekcją III.2.2 ogłoszenia i **rozdz. V ust. 1 pkt 4 SIWZ** bank stwierdził, że udzielając kredytu będzie sprawdzał **wykonawcę ZUK** [przystępującego] jak jednostkę samorządu terytorialnego (jst). Odwołujący podkreślił, że zabezpieczenie kredytu w stosunku do jest inaczej niż do innych jednostek samorządu terytorialnego (jst) traktowane,

---

kredytobiorców, a **wykonawca ZUK** [przystępujący] nie jest jednostką samorządu terytorialnego (jst), dlatego nie będzie mógł uzyskać kredytu na takich warunkach.

Skład orzekający Izby stwierdza, że to od polityki banku zależy jak będzie badał podmiot przed udzieleniem kredytu. Jeżeli z jakichkolwiek powodów bank będzie stosować

szczególne procedury do **wykonawcy ZUK** [przystępującego] i bank oświadczył to w takim dokumencie jak przedmiotowa informacja o zdolności kredytowej, to nie może taka informacja być podważana, jako niespełniająca warunku zamawiającego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej postawionego zgodnie z **art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp,** który brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej«.

Ponadto odwołujący nie uprawdopodobnił, że przedmiotowa informacja budziła lub powinna budzić wątpliwości u zamawiającego do tego stopnia, że zamawiający powinien wezwać przystępującego o złożenie tego dokumentu w określonym terminie do zamawiającego, zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp,** który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci bezpodstawnego zaniechania wykluczenia **wykonawcy ZUK** z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pismem z **27.10.2014 r.** zwrócił się do **wykonawcy ZUK** o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień do **wykonawcy ZUK** w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp,** który stanowi [w brzmieniu przepisu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, który to przepis stosuje się do rozpoznawanego postępowania] »Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w

---

określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny«.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że samo zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zrodziło domniemanie, że w ofercie **wykonawcy ZUK** wystąpiła rażąco niska cena. Tymczasem w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest mowa tylko o jednym domniemaniu, które znajduje się w art. 180 ust. 5 zdanie drugie Pzp, które brzmi »Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2«. Odwołujący nie wykazał, że w rozpoznawanej sprawie stan faktyczny jest na tyle podobny do stanów faktycznych orzeczeń i konkretnych analizowanych sytuacji, gdzie mogły się znaleźć odniesienia do domniemań.

Ustawodawca wprost stwierdził w art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«, że to w dalszym ciągu badania ofert zamawiający jest obowiązany dokonać oceny wyjaśnień. Dopiero, jeżeli ta ocena wyjaśnień (wraz z dostarczonymi dowodami) potwierdzi fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. [Skład orzekający Izby nie rozpoznawał kwestii niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę, gdyż w postępowaniu nie zaistniała taka sytuacja].

W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że zamawiający na tym poziomie różnic cen (oferowanej przez **wykonawcę ZUK** i pozostałych wykonawców oraz w porównaniu do kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą to kwotę zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert,

zgodnie z **art. 86 ust. 3 Pzp)** musiał mieć w dalszym ciągu wątpliwości do ceny zaoferowanej przez **wykonawcę ZUK.** Różnica miedzy ceną **wykonawcy ZUK** i odwołującego to ok 6%. Dlatego wyjaśnienie o posiadaniu bazy transportowo-magazynowej w miejscowości, gdzie będzie wykonywana usługa uzasadniało różnicę kosztów w takiej wysokości i dla zamawiającego było to wyjaśnienie wystarczające.

Ponadto zamawiający przeanalizował wiele innych czynników, które posiadał w swojej dokumentacji, bo w 2013 r. udziela zamówienia na analogiczny przedmiot zamówienia temu samemu zamawiającemu. Z analiz tych wynika zasadność zaoferowanej ceny przez **wykonawcę ZUK.**

W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty **wykonawcy ZUK** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, które ilości odpadów komunalnych zostały – zdaniem odwołującego – zawyżone w ofercie **wykonawcy ZUK.** Jednak odwołujący doprecyzował swoje zarzuty na rozprawie do protokołu cyt. »Przystępujący w okresie jednego roku od **01.04.2013 r.** do **31.03.2014 r.** w wykazie usług wpisał jako ilość odpadów komunalnych zebranych selektywnie w okresie od **01.07.2013 r.** do **31.12.2013 r.** Przystępujący wpisał 2 Mg odebranych, zużytych opon, które nie są odpadami komunalnymi i są sklasyfikowane pod kodem 16 01 03, natomiast w **I kw. 2014 r.** przystępujący wpisał do wykazu usług ilość 124,77 Mg żużle popioły, które nie są odpadami komunalnymi i są sklasyfikowane pod kodem 10 01 01. W związku z tym, że te ilości odpadów, które nie są odpadami komunalnymi spowodowały, że ilość odpadów wpisanych do wykazu usług odpowiadała ilościom wymaganym w SIWZ i gdyby odjąć te ilości (2 Mg) to przystępujący wykonawca nie spełniałby warunku, dlatego wpisanie dotyczące odpadów niekomunalnych stanowi przedstawienie informacji nieprawdziwych, mających wpływ na wynik postępowania. Przystępujący powinien wiedzieć o rozróżnieniu odpadów komunalnych i niekomunalnych ze względu na numer odpadów«. Ponadto **wykonawca ZUK** przedstawił podobne ilości odpadów komunalnych z dwóch wykonywanych usług. Na potwierdzenie tych zarzutów odwołujący złożył dowód nr 1.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący dokonał właściwego sformułowania zarzutów dopiero w dniu rozprawy. Tym niemniej zamawiający wykazał m.in. dzięki komunikowaniu się z Urzędem Gminy niezasadność odwołania. Szczególnie ze względu na inne klasyfikowanie odpadów niż sugerowane wyżej przez odwołującego. Zamawiający złożył wykazy selektywnej zbiórki odpadów, zgodnie z regulamin utrzymania czystości i porządku obowiązujący na terenie gminy Ziębice (dowód nr 2). Z wykazów tych wynika, że złożone przez **wykonawcę ZUK** informacje były zgodne z prawdą. Wobec tego skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu czwartego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty bezpodstawnego dokonania wyboru oferty **wykonawcy ZUK,** jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie dowiódł, że **wykonawca ZUK** powinien być wykluczony z postępowania ani że jego oferta powinna być odrzucona. Również odwołujący nie dowiódł, że zamawiający dokonał wyboru oferty **wykonawcy ZUK** z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia

---

2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Z wyżej wykazanych względów skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty

wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……