

Piaseczno, dnia 22 lipca 2019 r.

**Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 A  
02-676 Warszawa

ODWOŁUJĄCY:

**Przedsiębiorstwo Usług  
Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.**

ul. Techniczna 6  
05-500 Piaseczno  
Tel.: 22 737-17-70  
e-mail: [buro@pukpiaseczno.pl](mailto:buro@pukpiaseczno.pl)  
faks: 22 37-17-70

ZAMAWIAJĄCY:

**Gmina Lesznowola**

ul. Gminna 60  
05-506 Lesznowola  
Tel. 22 757-93-40 (42)  
e-mail: [rzp@lesznowola.pl](mailto:rzp@lesznowola.pl)  
faks: 22 757-92-70

## **ODWOŁANIE**

od decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej

**Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie**, działając na podstawie przepisu art.180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> (zwanej dalej „ustawą”, „ustawą PZP” oraz „ustawą Prawo zamówień publicznych”), wnosi odwołanie od decyzji Zamawiającego – **Gminy Lesznowola z siedzibą w Lesznowoli** – z dnia 12 lipca 2019 r. przekazanego Odwołującemu w tym samym dniu, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę **JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej**, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Lesznowola*”.

Wartość szacunkowa zamówienia, określona przez Zamawiającego wynosi 13.137.600,00 PLN, co stanowi równowartość 3.046.965,23 €, tzn. przekracza kwoty, o których mowa w przepisie art. 11 ust.8 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE w dniu 26.04.2019 r. Nr 2019/S 082-195177.

---

<sup>1</sup> Tekst jednolity - OBWIESZCZENIE MARSZAŁKA SEJMU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ z dnia 3 października 2018 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Dz.U. z dnia 16 października 2018 r. poz. 1986 wraz ze zmianami.

Wniesienie odwołania w dniu 22 lipca 2019 r. oraz przesyłanie kopii odwołania Zamawiającemu w tym samym dniu, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania czyni zadość regulacjom ujętymi przepisami art.182 ust.1 pkt. 1 oraz art.180 ust.5 ustawy.

Zgodnie z uprawnieniami zakreślonymi przepisem art.179 ust.1 ustawy, Odwołujący wskazuje, iż w następstwie naruszeń obowiązujących przepisów ustawy przez Zamawiającego przy ocenie, a w konsekwencji, także przy wyborze oferty wskazanego wykonawcy, Odwołujący poniesie szkodę z uwagi na niezyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego, po wykluczeniu wybranego wykonawcy i odrzuceniu jego oferty, stanowić będzie - w świetle przyjętych kryteriów wyboru – ofertę najkorzystniejszą.

Na podstawie oceny formy i treści oferty wybranego wykonawcy, dokumentów przekazanych Zamawiającemu przez niego w trakcie prowadzonego postępowania oraz treści pism kierowanych przez Zamawiającego do wybranego wykonawcy, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dopuszczenie się następujących naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu **art.24 ust.1 pkt. 12** ustawy, a w konsekwencji – odrzucenia jego oferty na podstawie **art.24 ust.4** w związku z **art.89 ust.1 pkt. 5** ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w Rozdz. IV „*Warunki udziału w postępowaniu*” pkt. 1.3.2. SIWZ, w zakresie wymaganego Europejskiego Standardu Emisji Spalin, **oświadczając w swojej ofercie**, iż jeden ze wskazanych samochodów nie wypełnia powyższej normy;
2. zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie **art.24 ust.1 pkt. 12** ustawy, a w konsekwencji – odrzucenia jego oferty na podstawie **art.24 ust.4** w związku z **art.89 ust.1 pkt. 5** ustawy, z uwagi na fakt, iż wybrany wykonawca, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (SIWZ IV.1.3.2.), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego **złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ)** dotyczący podmiotu udostępniającego swoje zasoby<sup>2</sup> techniczne - „PARTNER Dariusz Apelski” – **sporządzony po terminie składania ofert**.
3. zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie przepisu **art.89 ust.1 pkt. 7b** ustawy, z uwagi na fakt, że wykonawca celem potwierdzenia zabezpieczenia oferty wymaganym wadium, **załączył kopię** GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ ZAPŁATY WADIUM Nr 998056137754 z dnia 31.05.2019 r. wydaną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, wbrew jednoznacznemu żądaniu Zamawiającego ujętemu w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ. O tym, iż złożony dokument stanowi kopię wymaganego dokumentu stanowi fakt opatrzenia tego dokumentu podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania wybranego wykonawcy.

---

<sup>2</sup> Art.25a ust.3 pkt. 1 ustawy

4. naruszenie **art.91 ust.1** ustawy poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.
5. Z ostrożności procesowej Odwołujący stawia również zarzut zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie przepisu **art.24 ust.1 pkt. 20** ustawy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, **Odwołujący wnosi, o uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lipca 2019 r.
- 2) wykluczenie wykonawcy JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej, na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 12 ustawy;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy JARPER Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej, na podstawie art.24 ust.4 w związku z art.89 ust.1 pkt. 5 oraz na podstawie art.89 ust.1 pkt. 7b ustawy;
- 4) dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uznania przez Izbę zasadności zarzutu ujętego w pkt. 5 – również wykluczenia wykonawcy JARPER na podstawie przepisu art.24 ust.1 pkt. 20 ustawy

## UZASADNIENIE

Wskazane naruszenia prawa przez Zamawiającego, polegające na zaniechaniu czynności, do których Zamawiający był zobowiązany, w konsekwencji tych zaniechań skutkowały podjęciem wadliwej decyzji Zamawiającego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty firmy JARPER.

Odnosząc się szczegółowo do postawionych zarzutów Odwołujący podnosi co następuje:

Ad. pkt.1        brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymaganego poziomu Europejskiego Standardu Emisji Spalin

Wbrew stanowczemu wymaganiu Zamawiającego, ujętemu w Rozdz. IV „*Warunki udziału w postępowaniu*” pkt. 1.3.2. SIWZ „Wykonawca musi wykazać, iż dysponuje do wykonania zamówienia następującym potencjałem technicznym tj. samochodami spełniającymi Europejski Standard Emisji Spalin **minimum EURO 5**”,

wybrany wykonawca w złożonej ofercie w pkt. 2 ppkt. 6 „samochód przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz do transportu kontenerów i prasokontenerów o pojemności powyżej 10 m<sup>3</sup> do 40 m<sup>3</sup>” oświadcza, iż **wykonywać będzie zamówienie samochodem marki SCANIA o nr. rej. WPI 7CJ7 osiągniętym Europejski Standard Emisji Spalin na poziomie EURO 4.**

W piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. (RZP.271.5.04.06.2019) Zamawiający informując wybranego wykonawcę o dokonanych, w trybie art.87 ust.2 ustawy, poprawkach treści jego oferty, nie wskazuje przy tym jednak, iż w tym zakresie poprawił (zmienił) w jakikolwiek sposób treść oferty.

Ad. pkt. 2        niezłożenie przez wykonawcę, w terminie składania ofert, Jednolitego Dokumentu Zamówienia sporządzonego przez podmiot udostępniający swoje zasoby i uzupełnienie tego powyższego braku w sposób nieuprawniony

Wykonawca JARPER, zgodnie z treścią złożonej oferty i złożonym wraz nią jednolitym Dokumentem Zamówienia, oświadczył, iż potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego dysponowania pojazdami, dokonuje w trybie art.22a ustawy, tzn. polegając na zasobach udostępnianych mu przez wskazany podmiot trzeci – firmę PARTNER Dariusz Apelski.

W takich okolicznościach, zgodnie z przepisem art.25a ust.3 ustawy, wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty, aktualne na dzień składania ofert oświadczenie podmiotu udostępniającego wykonawcy swoje zasoby, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w formie jednolitego dokumentu zamówienia (art.25a ust.2 ustawy). Ponieważ wybrany wykonawca nie załączył wymaganego dokumentu, Zamawiający – działając w trybie

art.26 ust.3 ustawy - pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia, w terminie do 19 czerwca 2019 r. - brakującego dokumentu.

W wyznaczonym terminie wykonawca JARPER złożył, wraz z innymi żądanymi przez Zamawiającego dokumentami, **oświadczenie** przedsiębiorcy PARTNER Dariusz Apelski, w formie Jednolity Europejski Dokument Zamówienia z dnia **18 czerwca 2019 r.** Świadczy o tym bezspornie treść podpisu elektronicznego firmy PARTNER Dariusz Apelski, z której **jednoznacznie wynika, iż powyższe oświadczenie<sup>3</sup> zostało złożone w dniu 18 czerwca 2019 r. o godz. 13:57:55.**

Mając na uwadze obowiązek dokonywania prounijnej wykładni prawa warto wskazać na:

- 1) wskazówki interpretacyjne ujęte w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7<sup>4</sup>, w którym w Załączniku I „Instrukcje” wskazano, między innymi:

„**Ofertom** w procedurze otwartej (...) **musi** towarzyszyć jednolity europejski dokument zamówienia, wypełniony przez wykonawców w celu dostarczenia wymaganych informacji. (...)

Wykonawcy mogą zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia lub podlegać odpowiedzialności karnej na mocy prawa krajowego w przypadkach **poważnego wprowadzenia w błąd przy wypełnianiu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.**”

- 2) przepis art.59 („Jednolity europejski dokument zamówienia”) dyrektywy 2014/24/UE, w ust.1 stanowi, iż „**W chwili składania (...) ofert** instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny (...)”, a przepis ust.4 akapit drugi ostatnie zdanie cytowanego art. 59 wskazuje, iż : „Instytucja zamawiająca może zwrócić się do wykonawców o **uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych** zgodnie z art. 60 i 62.”<sup>5</sup>.

Tak więc, w świetle przepisów prawa unijnego brak jest uprawnienia - podstaw prawnych - do możliwości złożenia Jednolitego Dokumentu Zamówienia, jaki winien był złożyć wykonawcy podmiot udostępniający swoje zasoby przed terminem złożenia oferty przez wykonawcę – **już po terminie składania ofert.** A tym bardziej – do **sporządzania takiego dokumentu dopiero po upływie terminu do składania ofert.**

Dodatkowym argumentem, za zasadnością i poprawnością poglądu i oceny wyrażanej przez Odwołującego, jest powszechnie już znany wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie **C-336/12 (Manova)**<sup>6</sup>, w którego konkluzji Trybunał,

<sup>3</sup> Art.25a ust.1 ustawy jednoznacznie wskazuje na „oświadczenie”.

<sup>4</sup> ROZPORZĄDZENIE WYKONAWCZE KOMISJI (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Dz. Urz. UE z dnia 6 stycznia 2016 r. Nr L3.

<sup>5</sup> Przywołane przepisy dotyczą: art.60 – „Środki dowodowe”; art.62 – „Normy zapewniania jakości i normy zarządzania środowiskowego

<sup>6</sup> Wyrok w sprawie C-336/12 (Manova) pozostaje nadal aktualny, o czym może świadczyć chociażby niedawno wydana opinia Rzecznika Generalnego z dnia 7 maja 2019 r. w sprawie C-258/18,

rozstrzygając o możliwości uzupełniania brakujących, wymaganych dokumentów, stwierdził, iż jest to dopuszczalne, ale tylko w odniesieniu do takich dokumentów **„co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem [zakreślonego] terminu.”**

Należy również mieć na uwadze sens i znaczenie oświadczenia składanego w formie Jednolitego Dokumentu Zamówienia Publicznego, które stanowi, na co zgodnie wskazują zarówno ustawodawca unijny jak i krajowy – „**dowód wstępny**” (art.59 ust.1 dyrektywy 2014/24/UE); „**wstępne potwierdzenie**” (art.25a ust.1 ustawy). A to oznacza, że przedmiotowe oświadczenie musi zostać złożone *ex ante* – przed upływem terminu do składania ofert, a nie jako oświadczenie, które może zostać złożone *ex post* - po terminie składania ofert. Przy czym oczywiście Odwołujący wyraźnie rozróżnia termin złożenia oświadczenia – **musi nastąpić przed terminem** składania ofert, od terminu złożenia dokumentu obejmującego treść oświadczenia – **może zdarzyć się**, iż zostanie przekazany Zamawiającemu **po terminie** składania ofert (np. w trybie art.26 ust.3 ustawy).

Fakt, iż w treści dokumentu podmiot udostępniający swoje zasoby wskazał datę jego sporządzenia „03-06-2019”, nie może zmieniać logicznej konstatacji, iż to **oświadczenie** (jak i każde inne oświadczenie) **zostało złożone dopiero z chwilą podpisania tego dokumentu**, a to stało się ponad 2 tygodnie później - 18 czerwca 2019 r., na co **w sposób bezsporny wskazuje złożony podpis elektroniczny**.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca JARPER, składając ofertę w dniu 3 czerwca 2019 r. nie dysponował, to jest **nie posiadał** wymaganego oświadczenia podmiotu trzeciego.

O ile, przed wprowadzeniem elektronizacji postępowań, powyższy problem – kwestia terminu złożenia wymaganego oświadczenia była praktycznie niemożliwa do wykazania lub udowodnienia, o tyle w aktualnym stanie prawnym i obowiązku składania dokumentów i oświadczeń w formie elektronicznej podpis elektroniczny jest w tym względzie dowodem „bezlitosnym”, precyzyjnie i jednoznacznie ujawniając nie tylko datę ale nawet i godzinę złożenia określonego oświadczenia.

Ad. pkt. 3 udokumentowanie wniesienia wadium kopią gwarancji wadialnej

Zgodnie z postanowieniami ujętymi w Rozdz.4 pkt. VII ppkt. 4 SIWZ, Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

Wadium wnoszone w formach określonych w pkt od 2.2) do 2.5) [ pkt. 2.4. – gwarancja ubezpieczeniowa. Dopisek własny] **należy załączyć do oferty w oryginale** w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu (gwaranta).

---

dla której podstawę prawną rozstrzygnięcia stanowi dyrektywa 2014/24/UE, w której Rzecznik odwołuje się do tego wyroku w motywie [51].

O tym, iż złożony Zamawiającemu dokument przez wykonawcę JARPER jest **kopią** wymaganego dokumentu stanowi fakt opatrzenia tego dokumentu podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania wybranego wykonawcy. Zgodnie z przepisami §5 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych<sup>7</sup> **podpisanie dokumentu przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu za zgodność.**

Ad. pkt. 5 prawdopodobieństwo zawarcia porozumienia przez wybranego wykonawcę, mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazana przesłanka wykluczenia ujęta przepisem art.24 ust.1 pkt. 20 ustawy, będąca obligatoryjną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, stanowi implementację fakultatywnej przesłanki wykluczenia ujętej w prawie unijnym przepisem art.57 ust.4 lit.d) dyrektywy 2014/24/UE, wskazującej, iż zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania jeżeli „może stwierdzić, **na podstawie wiarygodnych przesłanek**, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”.

Mając na uwadze niezwykle ograniczone instrumentarium prawne i faktyczne, jakim dysponuje Odwołujący, (jak każdy wykonawca), stawiając zarzut w tym zakresie, Odwołujący wskazuje na poniższe okoliczności, będące wiarygodnymi przesłankami do uznania zasadności stawianego zarzutu:

- 1) w przedmiotowym przetargu swoje oferty złożyli, między innymi:
  - a) wykonawca JARPER sp. z o.o.;
  - b) wykonawca Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 1, reprezentowana, zgodnie z aktualnym wpisem do KRS przez Prezesa Zarządu - p. Edytę Apelską
- 2) swoje zasoby techniczne, pozwalające na potwierdzenie spełniania warunków udziału wykonawcy JARPER, udostępnił podmiot „PARTNER Dariusz Apelski”, mający swoją siedzibę w Warszawie, ul. Płytowa 1;
- 3) cena ofertowa zaoferowana przez wykonawcę JARPER stanowi 99,5% ceny zaoferowanej przez wykonawcę Partner Sp. zo.o.
- 4) siedziba obydwu firm – Partner Sp. z o.o. jak PARTNER Dariusz Apelski – znajduje się pod tym samym adresem - Warszawa ul. Płytowa 1;
- 5) obydwaj przedsiębiorcy wskazują swoje adresy mailowe obsługiwane na tym samym serwerze: „Partner Sp. z o.o.” - „przetargi@partner-apelski”, przedsiębiorca „Partner Dariusz Apelski” - „biuro@partner-apelski”
- 6) można racjonalnie przyjąć, iż z uwagi na zbieżność nazwisk, pomiędzy p. Edytą Apelską, a p. Dariuszem Apelskim istnieje stosunek małżeństwa, pokrewieństwa lub powinowactwa;

---

<sup>7</sup> . Dz.U. z dnia 4 lipca 2017 r. poz. 1320

- 7) trudno przyjąć, jako pomyłkę, iż w treści oferty złożonej przez Partner Sp. z o.o. w pkt.15, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art.24 ust.5 pkt. 1 ustawy, wskazano zarówno adres internetowy Krajowego Rejestru Sądowego (właściwy dla Spółki), jak i adres internetowy Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej (właściwy dla przedsiębiorcy Dariusz Apelski);
- 8) o bliskiej współpracy tych firm, świadczy również fakt, że : Partner sp. z o.o., PARTNER Dariusz Apelski i JARPER sp. z o.o., w ramach utworzonego konsorcjum, od 1 lipca (przez następne 3 lata) odbierają odpady komunalne w następujących dwóch dzielnicach m. st. Warszawy: Białołęka, Targówek.

Wszystkie powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, stanowią wiarygodne przesłanki, pozwalające z wysokim stopniem prawdopodobieństwa przyjąć tezę, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zabronionych ustaleń czy też porozumień, które miały na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami i doprowadzić w praktyce do rozstrzygnięcia postępowania pomiędzy wykonawcami JARPER Sp. z o.o. oraz Partner Sp. z o.o.

### **PODSUMOWANIE**

Mając na uwadze wskazane okoliczności Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu jak w petitum sprawy.