

Sygn. akt: KIO 2344/16

## WYROK

z dnia 27 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **Zakład Konserwacji Terenów Zielonych „MIRT” T. spółka jawna w Świebodzinie** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świebodzin w Świebodzinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Eurocity Recykling Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** oraz **Environment & Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gryfinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Konserwacji Terenów Zielonych „MIRT” T. spółka jawna w Świebodzinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Konserwacji Terenów Zielonych „MIRT” T. spółka jawna w Świebodzinie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Zakładu Konserwacji Terenów Zielonych „MIRT” T. spółka jawna w Świebodzinie** na rzecz **Gminy Świebodzin w Świebodzinie** kwotę 692 zł 04 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt dwa złote cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Świebodzin w Świebodzinie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe wykonanie usług: utrzymanie zieleni miejskiej, zmiatanie chodników, opróżnianie koszy ulicznych, zimowe utrzymanie chodników na terenie miasta Świebodzina oraz utrzymanie zieleni wiejskiej wraz z cmentarzami i przystankami PKS na terenie miejscowości wiejskich Gminy Świebodzin, z podziałem na 6 zadań”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 24 września 2016 r. 2016 r., poz. 2016/S 185-331982. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 grudnia 2016 r. Zakład Konserwacji Terenów Zielonych „MIRT” T. spółka jawna w Świebodzinie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 Prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, przejrzystości, bezstronności i obiektywizmu poprzez zaniechanie czynności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie tych zasad,
2. art. 24 ust I pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę oraz niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponadto
4. naruszenie par. 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) poprzez nieudostępnienie Wnioskodawcy (Odwołującemu) załączników do protokołu „niezwłocznie (...), nie później jednak niż (...) w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków (...)”.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania 1, 2 i 4;
2. powtórzenie czynności w zakresie badania i oceny ofert, a w szczególności zbadanie rzetelności oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ofert zakładu Utrzymania Zieleni E. W., Świebodzin oraz nie uwzględnienie wyjaśnień Wykonawców oferujących rażąco niską cenę za wykonanie zadań 1 i 2 przez Zakład Utrzymania: Zieleni E. W. i zadania nr 4 przez Konsorcjum - Lider Eurocity Recykling Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eurocity Recykling Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Environment & Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gryfinie, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w części czwartej postępowania (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert w częściach 1, 2 i 4 postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Przed wszystkim należy stwierdzić, że Izba jest związana zarzutami odwołania i rozstrzyga wyłącznie w ich granicach (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), stąd waga prawidłowego skonstruowania zarzutów. Prawidłowo skonstruowany zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. Podstawa faktyczna stanowi opis okoliczności, na których Odwołujący opiera odwołanie. Jest skonkretyzowaniem czynności bądź zaniechań

Zamawiającego, w podjęciu których wnoszący odwołanie upatruje takich naruszeń Prawa zamówień publicznych, które prowadzą do poniesienia przez niego szkody (rozumianej jako nieuzyskanie danego zamówienia). Podstawa prawna natomiast to przypisanie właściwego przepisu prawnego do opisywanych w odwołaniu naruszeń. O ile ewentualne nieprawidłowości we wskazaniu podstawy prawnej nie tamują rozpoznania odwołania (zwykle można je wywieść z prawidłowo opisanej podstawy faktycznej), to brak wyczerpującego opisu podstawy faktycznej może uniemożliwiać rozpoznanie zarzutu. Przy czym nie ulega wątpliwości, że terminem końcowym pozwalającym na postawienie zarzutu jest termin na wniesienie odwołania. Po jego upływie nie można rozszerzać podstaw faktycznych podniesionych zarzutów – akceptacja takiej możliwości prowadziłaby w istocie do przywrócenia terminu do wniesienia odwołania, co jest niedopuszczalne. Do momentu zamknięcia rozprawy Odwołujący może przedkładać dowody oraz przedstawiać argumenty na poparcie swoich racji – dowody te i argumentacja jednak muszą być ściśle skorelowane z podniesionymi w odwołaniu zarzutami.

Mając powyższe na uwadze, przechodząc do rozpatrzenia kolejnych zarzutów, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, stwierdzając, że Zamawiający przeprowadził postępowanie nie zachowując podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Tak podniesiony zarzut Odwołując uzasadnił następująco:

„Wykonawca, po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, otrzymanego pismem z dnia 05.12.2016 roku oraz z wyjaśnieniami Wykonawców oferujących wykonanie zadań 1, 2 i 4, wzywanych w kwestii złożenia oferty z rażąco niską ceną, poinformował Zamawiającego o naruszeniach prawa oraz o zaniechaniu czynności, do której był On zobowiązany na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 2015 roku, poz. 2164 z późn. zm.) zw. dalej Pzp.

Stwierdzono brak rzetelnego wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, o czym mówi art. 90 Pzp, w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wyliczenia oraz dowody dotyczyć powinny w szczególności zakresu:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta, do

ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.),

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 4) wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska,
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia Podwykonawcy.

Wezwani Wykonawcy, tj. oferujący wykonanie Zadań 1, 2 i 4 odpowiedzieli na wątpliwości nierzetelnie, wykazując koszty w sposób lakoniczny, zdawkowy i niepełny. Nie ujęto w wyjaśnieniach m. in. bardzo istotnych i cenotwórczych kasztów:

1. wymaganego oznakowanego umundurowania letniego i zimowego,
2. ubezpieczenia, w .tym oc/ac pojazdów,
3. szkoleń bhp stanowiskowych i ogólnych,
4. ochrony środowiska - opłata od zużycia paliwa i posiadanych na własność pojazdów,
5. zakupu lub wynajmu sprzętu,
6. obsługi socjalnej,
- 1 In....,

co oznacza, że kwota ostateczna kosztów została świadomie, w celu wykazania zysku, zaniżona. „Dowodami”, jak należałoby domniemywać, są nie wiadomo czemu służące, zdjęcia silników i trudno powiedzieć, co W kwestii wątpliwości Zamawiającego wyjaśniająca, faktura, w przypadku Wykonawcy Eurocity Recykling Poland Sp. z o. o., ul. Plac Solny 14/3, 50-062 Wrocław, natomiast Wykonawca Zakład Utrzymania Zieleni E. W., ul. Plac Jana Pawła II15B/5, 66-200 Świebodzin nie wysilił się na załączenia jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący posiada kserokopie wyjaśnień obu Wykonawców.

Podejście wezwanych Wykonawców ma charakter pro forma, a wyjaśnienia są niepełne i niewiarygodne, zadziwiający, że Zamawiający uznał je za rozwiewające wątpliwości.”.

Powyższe uzasadnienie w ocenie Izby nie odnosi się do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, ale zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, sformułowanego odrębnie (którego zresztą Odwołujący również w ocenie Izby nie wykazał).

Z przytoczonego uzasadnienia nie wynika, że Zamawiający dopuścił się naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie wynika również, w czym Odwołujący upatruje takiego naruszenia. Można twierdzić, że każde naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa

zamówień publicznych prowadzi do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, jednak – o czym dalej w uzasadnieniu – zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Odwołujący ani nie udowodnił, ani nawet nie uargumentował. Wobec powyższego Izba zarzut oddaliła.

Ponadto Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, co uzasadniał następująco:

„Odwołujący pisemnie poinformował Zamawiającego o budzących wątpliwości informacjach Wykonawcy Zakład Utrzymania Zieleni E. W., ul. Plac Jana Pawła II 15B/5, 66-200 Świebodzin nt. zatrudnienia w ostatnich trzech latach. Jednocześnie poinformowano Zamawiającego, że na dzień składania ofert Wykonawca ten nie posiadał na własność wymaganego przez Zamawiającego sprzętu. W tej sytuacji w ofercie zawarto nieprawdziwe informacje. Również w wyjaśnieniach Wykonawca ten zawarł jednoznaczną informację, że dysponować będzie sprzętem, który w całości stanowi Wykonawcy tego własność.

Wiarygodnymi dowodami na posiadanie sprzętu (w tym kosiarek, pojazdów o statusie własności) jest wykaz środków trwałych, dowody rejestracyjne i in. jednoznaczne dokumenty, wówczas można by uznać, że koszty wynajmu czy zakupu nie istnieją.”.

Ponieważ w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie ma ustępu 12, a z powyżej zacytowanego uzasadnienia Izba nie wywiodła podstawy prawnej podniesionego zarzutu, skład orzekający na rozprawie wezwał Odwołującego do podania właściwej podstawy prawnej. Odwołujący wskazał na art. 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania.

Rozpatrując tak postawiony zarzut, Izba stwierdziła, że art. 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych nie stanowi materialnej podstawy podniesienia zarzutu. Odwołujący musiałby skonkretyzować podstawę wykluczenia – jakiego warunku wykonawca nie spełnił i w jakim zakresie, musiałby porównać wymagania Zamawiającego postawione w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia z oświadczeniami złożonymi przez wykonawcę. Tymczasem Odwołujący w ogóle nie przytoczył jakichkolwiek okoliczności faktycznych w tym zakresie. Jedynie można się domyślać, że upatruje on podstawy wykluczenia w podaniu nieprawdziwych informacji odnośnie sprzętu i zatrudnienia – natomiast w tym zakresie również nie doszło do konkretyzacji zarzutów i przedstawienia jakichkolwiek dowodów. Wobec powyższego Izba zarzut oddaliła.

Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych. Uzasadnił go następująco:

„Zamawiający nie może mieć gwarancji rzetelnego wykonania zadania w przypadku wyboru Wykonawcy, który podaje nieprawdziwe, niepełne, niewiarygodne informacje, nie wyjaśnia kalkulacji, i, mimo wezwania, nie udowadnia jej.

Zamawiający w opisanej sytuacji bezwzględnie zobowiązany był do uznania cen ofert wykonania zadań 1, 2 i 4 za rażąco niskie, odrzucenia ich, a w przypadku zadania 1 i 2 do wykluczenia niesłusznie wybranego Wykonawcy oraz odrzucenie na podstawie art. 24 ust 4 Pzp jego oferty.”

Izba stwierdziła, że rzeczywiście złożone przez obu konkurencyjnych wykonawców wyjaśnienia odnośnie ewentualności rażąco niskiej ceny zawierają część ogólną, jednak sam ten fakt nie może ich deprecjonować, ponieważ wskazują również na konkretne okoliczności, uzasadniające wyliczenie ceny na zaproponowanym poziomie (posiadany sprzęt, potencjał ludzki, umiejscowienie siedziby itp.). Załączono do nich również kalkulację, z którą Odwołujący nie podjął żadnej polemiki. Odwołujący nie próbował wykazać, że za mniej, niż za określoną cenę nie da się wykonać zamówienia, ani że załączone kalkulacje są nierzetelne. Na rozprawie wręcz stwierdził, że opłaty za benzynę (Zamawiający na rozprawie kolejno analizował poszczególne składniki kalkulacji wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia, i m.in. doszedł do wniosku, że jego zdaniem w tejże kalkulacji koszt benzyny jest zawyżony) nie są istotą sporu. Jednak Odwołujący podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny, nie może jedynie poprzestać na stwierdzeniu, że cena jest rażąco niska, a jej wyjaśnienie – niewystarczające. Niezależnie od tego, że ciężar udowodnienia realności zaproponowanej ceny ciąży na wykonawcy, który ją zaproponował (art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), to sformułowanie zarzutu musi przynajmniej dać asumpt składowi orzekającemu do jego rozpatrzenia, a więc, jak już zostało wcześniej w uzasadnieniu podkreślone, zawierać opis podstawy faktycznej. W ocenie składu orzekającego brakło tego w odwołaniu, dlatego Izba zarzut oddaliła.

Z argumentacji Odwołującego na rozprawie wynikało, że podstawy tego, że złożone przez konkurencyjnych wykonawców wyjaśnienia są niewystarczające, Odwołujący upatrywał w tym, że nie załączono do nich – według Odwołującego - żadnych dowodów. Zamawiający w wezwaniu nie wyspecyfikował konkretnych oczekiwanych dokumentów, dlatego inicjatywa w tym zakresie należała do wykonawców, którzy załączyli dokumenty, jakie uznali za właściwe (kalkulacje, wykaz posiadanego sprzętu, zdjęcia posiadanego sprzętu). Z dowodami tymi Odwołujący nie podjął żadnej polemiki, twierdząc jedynie, że



należało złożyć inne. W takich okolicznościach Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił swoich racji i nie znalazła podstawy do uwzględnienia zarzutu.

Podstawy ostatniego zarzutu - naruszenia par. 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – Odwołujący upatrywał w tym, że Zamawiający poprzez zaniechanie czynności udostępnienia ofert wraz z załącznikami oraz utrudnienie w dniach 10-12 grudnia 2016 r. dostępu na swoją stronę Internetową uniemożliwił sporządzenia pełnego odwołania. W odwołaniu zapowiadał, że „w przypadku udostępnienia żądanych ofert i in. dokumentów przedmiotowego postępowania, ułatwiających powzięcie jak najszerszych informacji i rozpoznanie odwołania, poszerzy jego treść.”

Odnośnie dokumentacji postępowania, Izba ustaliła na rozprawie na podstawie oświadczeń Zamawiającego, którym Odwołujący nie zaprzeczył, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu pełną dokumentację postępowania w terminie na wniesienie odwołania, a dzień po jego wniesieniu (Odwołujący wniósł odwołanie kilka dni przed upływem ustawowego terminu na jego wniesienie). Zamawiający zatem swoim działaniem nie uniemożliwił wniesienia prawidłowego odwołania. Zauważyć również należy, że Odwołujący, dysponując już pełną dokumentacją i będąc w terminie wniesienia odwołania, nie poszerzył argumentacji w żaden sposób (mógł to uczynić w terminie, jaki biegł na wniesienie odwołania). W konsekwencji ani powyższa czynność Zamawiającego udostępniania dokumentacji postępowania, ani również krótkotrwała awaria w działaniu Biuletynu Informacji Publicznej nie miała wpływu na możliwość wniesienia odwołania przez Odwołującego, a tym samym – nie można stwierdzić wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji Izba zarzut oddaliła.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty autostradowej, ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie żadnych rachunków.

**Przewodniczący:**

.....