

**Sygn. akt: KIO 2158/19**

**WYROK**  
**z dnia 8 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2019 r. przez Odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Dobrzyń nad Wisłą,

przy udziale:

A. wykonawcy SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2158/19 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2158/19 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Dobrzyń nad Wisłą, ul. Szkolna 1 Dobrzyń nad Wisłą 87-610 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Dobrzyń nad Wisłą”, nr ref.: OŚiGW.ZP.MR.271.14.19.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.08.2019r. pod nr: 2019/S 155-382593.

W dniu 14.10.2019 r. Odwołujący: Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ecovir Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II16, 09- 228 Ligowo.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 24.10.2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu:

1. naruszenie art. 90 ust 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Ecovir Sp. z o.o., mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę - a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty Ecovir Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę;

2. naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp przez ustalenie wartości zamówienia z pominięciem należytej staranności;

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w błąd zamawiającego przez Ecovir Sp. z o.o. w sprawie spełniania warunków wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.) oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy w zw. z art. 44 Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292);

4. wprowadzenie w błąd zamawiającego przez Ecovir Sp. z o.o. poprzez brak

spełnienia wymagań, jakie ma spełnić podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i tym samym wykonawca przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 22 ust. 1b) pkt 1 oraz art. 22 b ustawy Pzp w zw. z art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.) oraz w zw. z art. 6f - 6g, art. 26, art. 26a, 48a, art. 194 ust. 1 pkt 2b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 701 ze zm., dalej jako: „UOO”).

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian, tj.:
  - 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Ecovir Sp. z o.o., w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
  - 2) powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzone wezwaniem wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp;
  - 3) wezwania wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz w zakresie dokumentów i oświadczeń złożonych w postępowaniu, w tym posiadanych uprawnień (wpis do rejestru działalności regulowanej) oraz bazy magazynowo-transportowej;
  - 4) odrzucenia oferty wykonawcy Ecovir Sp. z o.o., m.in. jako ofertę, która zawiera rażąco niską cenę;
3. nakazanie zamawiającemu wykonanie pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z ww. zmianą,
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W ocenie Odwołującego – w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Ecovir Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty jest uzasadnione, jeśli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto, zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z faktu posłużenia się przez ustawodawcę w treści przepisu zwrotem „lub” wynika, że jeśli chociaż jedna z opisanych okoliczności zaistnieje w postępowaniu, zamawiający jest

zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W związku z treścią powołanego wyżej przepisu prawa Odwołujący przedstawił kalkulację w celu wykazania, że cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w następujący sposób:

- 1) Wykonawca Ecovir Sp. z o.o. - cena brutto 4 214 015,28 zł,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie - cena brutto 6 316 380, 00 zł,
- 3) Remondis Sp. z o.o. Oddział w Płocku - cena brutto 8 799 998,01 zł,
- 4) SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. - cena brutto 8 781 741, 36 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert:  $28\,112\,134,65\text{ zł} : 4 = 7\,028\,033,6625\text{ zł}$ .

Kalkulacja na podstawie średniej arytmetycznej:

$7\,028\,033,6625\text{ zł} - 100\%$

$4\,214\,015,28\text{ zł} - x$

$x = 4\,214\,015,28\text{ zł} * 100\% : 7\,028\,033,6625\text{ zł} = 59,96\%$

Różnica pomiędzy ceną całkowitą oferty a średnią arytmetyczną wszystkich ofert:

$100\% - 59,96\% = 40,04\%$ .

Na podstawie powyższych obliczeń stwierdził, iż cena całkowita oferty Ecovir Sp. z o.o. jest niższa o 40,04 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec tego na zasadzie art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp Zamawiający Gmina Dobrzyń nad Wisłą powinien zwrócić się o udzielenie wyjaśnień do Ecovir Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny.

Mając na względzie opisane wyżej okoliczności, zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień stanowi – w ocenie Odwołującego - naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Skutkiem tego jest obarczenie wadą czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem Zamawiający wybrał ofertę co do której - w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - istnieje domniemanie prawne rażąco niskiej ceny oferty.

Dalej wywodził, że po przeprowadzeniu niniejszego postępowania, może dojść do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w którym wskazano, że zamówienia udziela się wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zwrócił również uwagę, że na zapytane skierowane w dniu 23.10.2019 r. przez Odwołującego w sprawie wezwania Ecovir Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie przekazał informacji o takim wezwaniu. Na temat wezwania wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. do wyjaśnień brak jest wzmianki w protokole postępowaniu oraz w załącznikach.

W zakresie kolejnego zarzutu zauważył, że art 32 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy bez VAT (tj. netto), z należytą starannością.

Tym samym, to na Zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia prognozowanego (szacunkowego) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia, która to czynność jest jednym z pierwszych działań Zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na treść art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego definiując pojęcie „należytej staranności” wskazane w ww. przepisie, odwołał się do art. 355 kc, który stanowi, że należyta staranność „to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju”.

W okolicznościach sprawy, Odwołujący oświadczył, że powziął wątpliwości do staranności oszacowania zamówienia i wskazał, że kwota podana przez zamawiającego, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (przedstawiona zgodnie z art 86 ust. 3 ustawy Pzp w protokole otwarcia ofert i wynosząca 3 418 191,00 zł) jest nierealna w świetle obiektywnych uwarunkowań ekonomicznych.

Zarzucił, że Zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówienia jedynie na podstawie wartości udzielonego zamówienia w terminie poprzednich 12 miesięcy, nie uwzględniając zakresu i złożoności przedmiotu zamówienia oraz wymagań zamawiającego stawianych jego wykonaniu.

Wskazał, że całość szacunku zamawiającego zawarta jest na jednej stronie A4, bez wskazywania na źródła, oraz bez rozważenia poszczególnych czynników kosztotwórczych, jak i ich zmienności w czasie.

W ramach następnego zarzutu odwołania zaznaczył, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia szeregu wymogów w zakresie prowadzenia działalności oraz zasobów technologicznych, m. in. wymagań takich jak posiadanie wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego, utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów.

Dodatkowo zwrócił uwagę, iż począwszy od 6 września 2019 roku obowiązują nowe, zdecydowanie zaostrzone regulacje w zakresie funkcjonowania na rynku odpadowym.

Wyjaśnił, że wprowadzone zmiany wynikają m.in. z istotnych wymogów nałożonych na Polskę w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu.

Ponadto, wprowadzanie wysokich standardów ma na celu uszczelnienie systemu oraz zapewnienia możliwe wysokiego poziomu ekologii.

Podniósł przy tym, że aby uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej, przedsiębiorca musi złożyć oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, bowiem zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców.

W związku z tym Odwołujący wyraził wątpliwości, czy Ecovir sp. z o.o. spełnia wszystkie wymogi przypisane prawem dla prowadzenia przedmiotowej działalności, z następujących powodów:

1. brak jest jakichkolwiek informacji w ofercie, jak również w publicznie dostępnych danych czy Ecovir sp. z o.o. dysponuje jakąkolwiek bazą dla prowadzenia swojej działalności,
2. jedynie wskazane miejsce prowadzenia działalności, w żadnym razie nie daje podstaw do przypuszczenia, iż (adres ul. Jana Pawła II 16, 09-228 Ligowo) jest ono w jakikolwiek sposób zdadne do spełnienia roli bazy magazynowo transportowej w trakcie oględzin siedziby Ecovir nie stwierdzono nie tylko jakichkolwiek pojazdów nadających się do transportu odpadów, ale wręcz dostrzeżono brak możliwości wjazdu na teren tej lokalizacji przez pojazdy transportujące odpady.

W zaistniałej sytuacji złożenie przez Ecovir sp. z o.o. oświadczenia w zakresie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu może być postrzegane – według Odwołującego - jako wprowadzenie w błąd, a przynajmniej z dostępnych publicznie informacji trudno wysunąć przeciwny wniosek.

Odwołujący poinformował również, że w dniu 24 października 2019 r., wobec braku odmiennych informacji, Odwołujący zwrócił się pisemnie do Gminy Dobrzyń nad Wisłą (Urząd Miasta i Gminy Dobrzyń nad Wisłą) o wyjaśnienie, czy Gmina weryfikowała okoliczności objęte wnioskiem o wpis do rejestru działalności regulowanej.

W związku z tym Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego (będącego również organem prowadzącym rejestr działalności regulowanej) o wyjaśnienie powyższych okoliczności przed terminem posiedzenia Izby w niniejszej sprawie.

Ostatecznie Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 9 d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, z późn. zm.) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.

Natomiast, w przekonaniu Odwołującego - Spółka Ecovir nie spełniła powyższego warunku ponieważ nie posiadała bazy magazynowo- transportowej na chwile składania ofert.

Odwołujący powołał się na art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zatem Ecovir sp. z o. o. nie spełniał warunku posiadania bazy magazynowo-transportowej, co uzasadnia unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Ecovir Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż w dniu 6.09.2019 r. weszła w życie część przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustawy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1579), które to obostrzyły warunki oraz zasady posiadania (prowadzenia) bazy magazynowo - transportowej.

Zauważył, że dotyczy to w szczególności:

1. konieczności spełniania przez wskazanego w przepisach posiadacza określonych rodzajów odpadów rozszerzonych obowiązków dot. dostępności obrazu wizyjnego w czasie rzeczywistym - m, in. dla możliwości przeprowadzania kontroli przez

właściwe organy (art. 6f- 6g ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 701 ze zm., dalej jako: „UOO”),

2. rozszerzenia kręgu podmiotów zobligowanych do usunięcia odpadów w razie ich nieprawidłowego magazynowania (w szczególności art. 26 UOO),

3. możliwości niezwłocznego usunięcia nieodpowiednio magazynowanych odpadów przez organ kontrolny - na koszt posiadacza odpadów (art. 26a, 48a UOO),

4. doprecyzowania możliwości wymierzenia przez właściwy organ administracyjnej kary pieniężnej za magazynowanie odpadów niezgodnie z wymogami (art. 194 ust. 1 pkt 2b) UOO).

W rezultacie, opisywane w niniejszym zarzucie okoliczności po stronie Ecovir sp. z o.o. stoją – według zapatrywania Odwoływającego - w sprzeczności w szczególności z ww. znowelizowanymi przepisami, a tego rodzaju sytuacja może prowadzić do nieosiągnięcia celu wdrożenia omawianych przepisów, tj. w szczególności ograniczenia przypadków nieprawidłowego (w tym nieuprawnionego) magazynowania odpadów.

W dniu 31 października 2019 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego wykonawca SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, a także zgłoszenia takiego po stronie Zamawiającego dokonał wykonawca Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie, zwany dalej Przystępującym Ecovir.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego Ecovir, protokołu postępowania, odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 listopada 2019 r., pisma uczestnika z dnia 7 listopada 2019 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 22 ust. 1b) pkt 1 oraz at. 22 b ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, art. 32 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 90 ust 1 i ust.1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.



Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego czy złożona przez Przystępującego Ecovir oferta zawiera rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Wykonawcy złożyli następujące oferty cenowe:

- 1) Ecovir Sp. z o.o. - cena brutto 4 214 015,28 zł,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie - cena brutto 6 316 380, 00 zł,
- 3) Remondis Sp. z o.o. Oddział w Płocku - cena brutto 8 799 998,01 zł,
- 4) SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. - cena brutto 8 781 741, 36 zł.

Izba stwierdziła również, że na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 3 691 646, 28 zł.

Natomiast, według ustaleń Izby okolicznością bezsporną jest to, że cena całkowita oferty Przystępującego Ecovir jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, podczas gdy jest ona jednocześnie wyższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Istota sporu w tym zakresie dotyczyła oceny obowiązku Zamawiającego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego istnienie rażąco niskiej ceny w warunkach zaoferowania przez Przystępującego Ecovir ceny na powyższym poziomie, który to obowiązek – zdaniem Odwołującego – powinien się bezpośrednio aktualizować, jeżeli cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, bez względu na fakt czy jest ona wyższa od wartości szacunkowej i czy Zamawiający miał w stosunku do tej ceny wątpliwości.

Wymaga wskazania, że obowiązek podjęcia przez Zamawiającego powyższej procedury wynika z art. 90 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków;
- 2) 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

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

Jednocześnie, dyrektywę uzupełniającą do powyższej normy prawnej można odnaleźć ust.1a tego przepisu, zgodnie z którym, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

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

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

Przenosząc powyższe przepisy na grunt rozpoznawanej sprawy - według zapatrywania Izby - interpretacja tego przepisu wymaga podejścia systemowego przy uwzględnieniu reguł wykładni logicznej, to jest odczytywania ust.1a przepisu art.90 ustawy Pzp w jego nierozzerwalnym związku funkcjonalnym z ust.1 ustawy Pzp.

Izba reprezentuje pogląd, że w sytuacji wystąpienia ceny o 30% niższej od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ale przy wartości szacunkowej poniżej kwoty wynikającej z oferty, Zamawiający będzie zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę, jedynie w warunkach powstania po jego stronie wątpliwości odnośnie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny i wystąpienia rozbieżności wynikających z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia.

W ocenie Izby za takie okoliczności można uznać fakt, że poprzednia cena Odwołującego na analogicznym kontrakcie u Zamawiającego była zbliżona do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i ceny zaoferowanej przez Przystępującego Ecovir, podczas gdy obecnie jest ona ponad dwukrotnie wyższa u Odwołującego.

Przy czym wymaga wskazania, że Odwołujący w ogóle nie wykazał, że ten poziom cenowy uległ tak drastycznej zmianie biorąc pod uwagę całą wartość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w swoim odwołaniu powołał się jedynie na wzrost opłat marszałkowskich i opłaty „wysypiskowej”, a także kosztów monitoringu miejsc zagospodarowania odpadów, nie podając jednak jaki miał on wpływ na całą wartość zamówienia, a także nie przedstawił żadnych dowodów stanowiących wyliczenia związane z tym wzrostem.

Stąd należało przyjąć, że założenia szacunkowe Zamawiającego oparte na cenie z poprzedniej rocznej umowy, z uwzględnieniem pewnych wzrostów procentowych, miały swoje oparcie w rzeczywistym stanie rzeczy.

Zamawiający dokonał wyliczenia wartości szacunkowej między innymi na podstawie liczby mieszkańców objętych gospodarką odpadami wynoszącą 6200 osób oraz liczby 1983 gospodarstw domowych funkcjonujących na terenie gminy, co pozwoliło mu na wyliczenie, że maksymalne dochody z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi zbierane i odbierane w sposób selektywny w gminie nie powinny być wyższe niż 2 519 184, 00 zł rocznie przy wyborze metody uzależnionej od liczby mieszkańców zamieszkujących daną nieruchomość i 2 256 051,12 zł rocznie przy wyborze metody uzależnionej od liczby gospodarstw domowych.

Z powyższych względów, Izba uznała, że nie powstała u Zamawiającego określona w ustawie wątpliwość, a zatem brak było podstaw do uruchomienia przepisu art.90 ust.1 i ust.1 a ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego oszacowania przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia Izba uznała go spóźniony.

Stosownie do przepisu art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba ustaliła, że w dniu 23 września 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy Pzp sporządził Informację z sesji otwarcia ofert, gdzie podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3 691 646,28 zł brutto.

W związku z powyższym bieg terminu do wniesienia odwołania w tym zakresie należało liczyć od dnia następującego po tym zdarzeniu, a jego upływ nastąpił w dniu 3 października 2019 r.

Dokonując rozstrzygnięcia zarzutu podania przez Przystępującego Ecovir nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, Izba uznała go za bezzasadny z tego powodu, że Odwołujący nie udowodnił przesłanek określonych w przepisie art. 24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w ust.1 pkt 1 powyższego postanowienia SIWZ Zamawiający ustanowił wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, posiada:

a) aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta i Gminy Dobrzyń nad Wisłą, zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 z późn. zm.),

b) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. BDO) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r., poz. 701 z późn. zm.).

Z akt sprawy wynika, że Przystępujący Ecovir powyższe wymagane dokumenty załączył do oferty.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Przystępujący Ecovir powyższe warunki spełnił.

Zdaniem Izby – nie sposób przyjąć za Odwołującym, w kontekście powyższych ustaleń Izby, że aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej jest nieprawdziwą informacją, skoro formalnie funkcjonuje on w obrocie prawnym.

Wymaga zauważenia, że w myśl przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Natomiast, przepis art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby – skuteczne przypisanie Zamawiającemu naruszenia powyższych przepisów wymagało od Odwołującego wykazania przesłanek opisanych w tych przepisach.

Jak już wcześniej wskazano treść aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej nie może być potraktowany jako nieprawdziwa informacja, bowiem stanowi ona określony i stwierdzony już fakt prawny.

Nadto, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał stosunku psychicznego Przystępującego Ecovir składającego powyższy wpis, co również determinuje brak zasadności tego zarzutu.

Ostatecznie domysły Odwołującego związane z brakiem prawidłowości przeprowadzonej przez Zamawiającego procedury rejestracyjnej działalności regulowanej nie mogą stanowić podstawy prawnej do zastosowania przez Zamawiającego cyt. wyżej przepisów ustawy, a także wychodzą poza ramy kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Stosownie do art. 179 ust.1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Poza tym przepis art.180 ust.1 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z powyższych przepisów wynika w sposób jednoznaczny, że zakres właściwości orzeczniczej Izby ogranicza się wyłącznie do naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a nie daje jej podstawy do stwierdzenia naruszeń innych przepisów prawa, jak chociażby wynikających z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Ostatecznie, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisów art.22 ust.1b pkt 1 i art.22b ustawy Pzp i innych, bowiem Odwołujący nie wykazał ich związku w ramach rozpoznawanej sprawy oraz jakie działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do naruszenia tych przepisów.

Przepis art. 22 ust.1b. pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Natomiast, w myśl przepisu art.22b ust.1 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zamawiający może wymagać, aby wykonawcy byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym posiadają siedzibę, określonych w załączniku XI do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku VII do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.), lub aby spełniali inne wymogi określone w tych załącznikach.

Z ust. 2 przepisu art.22b ustawy Pzp wynika zaś, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi, w zakresie, w jakim wykonawcy muszą posiadać określone zezwolenie lub muszą być członkami określonej organizacji, aby móc świadczyć w swoim kraju pochodzenia określone usługi, zamawiający może wymagać od nich udowodnienia, że posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski w takiej organizacji.

W ocenie Izby - powyższe przepisy ustawy Pzp nie mogą w przedmiotowej sprawie w ogóle mieć zastosowania, a to z tego względu, że nie dotyczą one obowiązków Zamawiającego, lecz jedynie jego uprawnień, co oznacza, że Zamawiający mógł ukształtować określone wymagania, lecz nie był do tego zobowiązany.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w wykonaniu powołanych wyżej postanowień ustawy Pzp w ramach SIWZ żądał od wykonawców posiadania aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej, co Przystępujący Ecovir udowodnił, jednak z powyższych przepisów w żaden sposób nie sposób wywieść, że Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bezwzględnie zobowiązany do oceny warunków i zasad posiadania (prowadzenia) bazy magazynowo – transportowej.

W związku z tym argumentację uzupełniającą Odwołującego z dnia 7 listopada 2019 r. dotyczącą nieprawidłowości wpisu do RDR, a także odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji oraz udzielenie wyjaśnień, nie można było uznać za mające znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

To samo dotyczy dokumentacji fotograficznej dotyczącej miejsca prowadzonej działalności przedłożonej przez Odwołującego, która zresztą pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem Zamawiającego, że ten podjął czynności wyjaśniające wątpliwości Odwołującego poprzez wysłanie pracowników urzędu do siedziby wykonawcy i stwierdził, że jest możliwe tam zainstalowanie bazy technicznej do prowadzenia działalności regulowanej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 wraz ze zm.).

**Przewodniczący:.....**