

Sygn. akt KIO 579/18

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Dolny Śląsk Sp z o.o. z siedzibą w Oławie oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Oława z siedzibą w Oławie**

przy udziale wykonawcy **PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Dolny Śląsk Sp z o.o. z siedzibą w Oławie oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Dolny Śląsk Sp z o.o. z siedzibą w Oławie oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach 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 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Oława z siedzibą w Oławie, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Oława*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 012-023223 w dniu 18 stycznia 2018 r.

W dniu 26 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach, dalej: „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i dokonanie oszacowania wartości zamówienia w sposób dowolny, nie dochowując należytej staranności, w szczególności bez poszanowania przepisów ustawy;
2. art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego i niezgodnego z ww. przepisami oszacowania wartości zamówienia, z zastosowaniem przyjętej przez Zamawiającego dowolnej i sprzecznej z prawem metody obliczenia wartości szacunkowej, a w konsekwencji niezastosowanie odpowiednich przepisów ustawy Pzp, określających zasady postępowania Zamawiającego w przypadku ofert zawierających cenę budzącą wątpliwości;
3. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i odstąpienie od zbadania oferty wybranej jako najkorzystniejsza, pod kątem zbadania ceny zaoferowanej przez PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, jako potencjalnie rażąco niskiej, w sytuacji gdy prawidłowe oszacowanie wartości zamówienia obligowało Zamawiającego do zbadania takiej oferty;
4. art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo iż zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ;

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z postępowania w sytuacji, gdy ww. podmiot nie wykazał, iż stosownie do postanowień pkt 3.1.2. lit. b) i c) SIWZ, posiada odpowiednią bazę magazynowo–transportową, a co za tym idzie oferuje usługę niezgodną z przedmiotem zamówienia;
6. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z postępowania w sytuacji, gdy ww. podmiot złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż w zakresie spełnienia warunku kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności posiada aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów we wszystkich frakcjach wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, w sytuacji kiedy nie posiada on uprawnienia na zbieranie w zakresie BIO odpadów, których frakcja określona jest kodem 200138, a wyłącznie na transport tychże odpadów BIO, co nie jest zgodne z zakresem zamówienia, opisanym przez Zamawiającego w SIWZ;
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z postępowania w sytuacji, gdy ww. podmiot złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż w zakresie spełnienia warunku kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności posiada aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów we wszystkich frakcjach wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, w sytuacji kiedy nie posiada on uprawnienia na zbieranie w zakresie BIO odpadów, których frakcja określona jest kodem 200138, a wyłącznie na transport tychże odpadów BIO, co nie jest zgodne z zakresem zamówienia, opisanym przez Zamawiającego w SIWZ;
8. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na nieodrzuconiu oferty PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, pomimo iż ww. wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp;
9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, która winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, co w świetle przywołanych powyżej zarzutów, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
10. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, co prowadzić może do udzielenie zamówienia ww. wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy;

11. pozostałych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 15 marca 2018 r.
2. powtórzenia czynności badania ofert, z uwzględnieniem złożonych przez PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów ad 4, 5, 6, 7 oraz 8:
3. wykluczenia z postępowania PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 ustawy Pzp,
4. odrzucenie oferty PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
5. wyboru wykonawcy zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
6. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia Izbie, w charakterze dowodu kompletnej dokumentacji przedmiotowego postępowania (wytworzonej na dzień wniesienia niniejszego odwołania), w szczególności dokumentacji dotyczącej oszacowania wartości zamówienia, badania i oceny ofert, a także protokołów z czynności komisji przetargowej w zakresie badania złożonych ofert.
7. orzeczenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym poniesionych i udokumentowanych kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu.

Odwołujący wskazywał, że oszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego, dokonane zostało z naruszeniem art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Podnosił, iż okresowość zawieranych umów na usługi odbioru i transportu odpadów oraz ich tożsamość przedmiotowa wskazują, iż należą one do grupy usług powtarzających się okresowo. Podkreślał, że w 2017 r. usługi odbioru i transportu odpadów realizowane były na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy zawartej w dniu 31 grudnia 2014 r. z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel - Dolny Śląsk Sp. z o. o. Zgodnie z § 7 ust. 2 ww. umowy wynagrodzenie miesięczne wynosiło 107.353,90 zł brutto. Następnie w drodze aneksu z dnia 22 grudnia 2017 r., zawartego z następcami prawnymi ww. wykonawców, tj. Remondis Dolny Śląsk Sp. z o. o. oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., na okres od stycznia do końca marca 2018r., ww. wynagrodzenie zostało podwyższone do kwoty 119.880,00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego szacunkowa wartość zamówienia winna zostać określona jako 12 krotność wynagrodzenia wykonawcy w 2017 r., tzn. 12 x 107.353,90 zł brutto,

tj. 1.288.246,80 zł brutto (1.192.821,11 zł netto). Powyższe wyliczenie, w stosunku do wartości przyjętej przez Zamawiającego, daje różnicę w oszacowaniu, odpowiednio 209.326,80 zł rocznie dla kwot brutto oraz 193.821,11 zł rocznie dla kwot netto. Podkreślał, że miesięczne wynagrodzenie wykonawcy oszacowane przez Zamawiającego, w kwocie brutto jest tożsame z kwotą jaką Zamawiający płaci obecnie za odbiór i transport odpadów. Wprawdzie cena oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. (879.582,24 zł brutto), przy założeniu wyliczenia przyjętego do oszacowania zamówienia przez Zamawiającego, nie przekracza wskaźników matematycznych, określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, niemniej przyjęcie metody oszacowania zaprezentowanej przez Odwołującego zmienia wartości obliczeń. W takim przypadku cena oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o., staje się mniejsza od oszacowanej wartości zamówienia, powiększonej o 8% podatek VAT, o 31,72 %.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zachowując należyta staranność, powinien był co najmniej powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o., a także co do tego, czy zamówienie zostanie wykonane zgodnie z opisem i wymogami zamówienia wskazanymi w SIWZ, czy zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, z zasadami sztuki zawodowej, np. przy użyciu odpowiednich nakładów technicznych, sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych norm i standardów. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, a tym bardziej wygenerowanie jakiegokolwiek zysku, za cenę zaoferowaną przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. Odwołujący wskazywał, iż na tym etapie postępowania jedyny ciężar dowodowy spoczywający na nim dotyczy wykazania okoliczności, że Zamawiający winien był powziąć wątpliwość, co do zaoferowanej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. ceny. Okoliczność, że oferta PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie wypełnia znamion rażąco niskiej ceny w stosunku do znacznie zaniżonej, zdaniem Odwołującego, kwoty wartości szacunkowej zamówienia, nie usprawiedliwia zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wskazywał też na dostrzegalny trend wzrostowy w zakresie cen usług odbioru odpadów, co wynika z powszechnego niedoszacowywania tych cen przez przedsiębiorców w początkowym okresie obowiązywania regulacji dotyczących systemu odbioru odpadów. Podnosił, że mimo zastosowania przez Zamawiającego właściwego trybu udzielenia zamówienia, ww. wada oszacowania ma istotny wpływ na przebieg postępowania, podejmowane przez Zamawiającego czynności oraz w efekcie przyjęte rozstrzygnięcie. Podkreślał także, że to jego oferta winna stanowić dla Zamawiającego pewien punkt odniesienia dla oceny pozostałych złożonych ofert.

W zakresie zaś posiadania bazy magazynowo - transportowej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. podnosił, że załączone do odwołania fotografie przedstawiają iluzoryczność

istniejących zabezpieczeń (niepełne ogrodzenie, które nie jest w stanie zabezpieczyć obiektu nawet przed przypadkowym wtargnięciem osób nieupoważnionych), jak również brak zabezpieczeń przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. W takiej sytuacji oferta PHU Komunalnik Sp. z o.o. winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał również na związek pomiędzy potencjałem technicznym jaki został skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia a zaoferowaną ceną. Oszczędności na kosztach realizacji świadczenia przekładają się na zaoferowaną cenę. Takie praktyki wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił również, iż PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 8.2.1 SIWZ. W jego ocenie skoro przedmiot zamówienia obejmuje m.in. odbiór i transport odpadów biodegradowalnych (zgodnie z pkt 3.2 SIWZ są to następujące kody: 150103, 200108, 200138, 200201,200302) to należało przedstawić decyzję zezwalającą na zbieranie również tych odpadów. Z przedłożonej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. decyzji na zbieranie odpadów w Starym Wiązowie wynika, że nie obejmuje ona jednego z wymienionych kodów odpadów, tj. kodu o numerze 200138, co oznacza, że wykonawca nie może wykonywać świadczenia w tym zakresie, zatem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w związku z tym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. W dniu 29 marca 2018 r. ww. wykonawca wniósł za pośrednictwem platformy ePUAP pismo zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego, które zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego ważnego certyfikatu (podpisem kwalifikowanym). Z UPO (Urzędowe Poświadczenie Odbioru) wynikało, że dokument został podpisany, ale przynajmniej jeden podpis był nieprawidłowy. Podpis nieprawidłowy – opis stanu podpisu: nieprawidłowy. Stan certyfikatu: prawidłowy. W dniu 9 kwietnia 2018 r. ww. wykonawca wniósł pismo potwierdzające, że zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane w dniu 29 marca 2018 r. Zgodnie z treścią ww. dokumentu: „Dane poświadczenia — Data doręczenia: 2018-03-29T22:49:52.311, Data wytworzenia poświadczenia: 2018-03-29T22.49:52.311,

Identyfikator dokumentu, którego dotyczy poświadczenie: DOK25648820". W Rejestrze Zdarzeń z 29 marca 2018 r. uwidocznione zostały wszystkie czynności składającego przystąpienie, w tym m.in. podpisanie przystąpienia kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z powyższych dokumentów wynika, że zgłoszenie przystąpienia zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co oznacza, że wobec spełnienia także i pozostałych warunków formalnych, przystąpienie zostało uznane przez Izbę za skutecznie złożone.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 kwietnia 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z przedstawionych materiałów. Przedłożone na posiedzeniu dokumenty nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. Przedłożone niepoświadczone kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem, jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie kwestionowanej wartości szacunkowej zamówienia Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została określona w dniu 10 stycznia 2018 r., na podstawie miesięcznego kosztu wykonania usługi, uwzględniającego wzrost kosztów jej zrealizowania, a także okres wykonywania zamówienia (9 miesięcy) i wyniosła 999.000 zł (9 miesięcy x 111.000 zł netto). Zgodnie zaś z aneksem nr 3 z dnia 22 grudnia 2017 r. do umowy zawartej 31 grudnia 2014 r. z Zamawiającym na usługi odbioru i transportu odpadów wynagrodzenie wykonawcy wynosiło 111.000 zł netto za miesiąc. Ww. aneks został zawarty na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na okres 3 miesięcy, a stroną aneksu był również Odwołujący.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego jakoby w związku z dotychczasową realizacją zamówienia, jego oferta winna stanowić pewien punkt odniesienia dla oceny pozostałych ofert. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców usług, a więc zasadne jest założenie, że oferta najkorzystniejsza będzie ofertą z ceną niższą niż rzeczywista wartość zamówienia, czy też wynagrodzenie wykonawcy za usługi udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przy ocenie prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, istotne znaczenie ma takie jej ustalenie, które nie prowadzi do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie zaniżył wartości zamówienia ani nie dokonał wyboru sposobu jej obliczania w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp. Przeprowadzone przez Zamawiającego oszacowanie nie doprowadziło ani do zastosowania procedury krajowej (poniżej tzw. progu unijnego) ani do skorzystania z wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 4 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 34 ust. 1 *podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.*

Z powyższego przepisu wynika, że przy szacowaniu wartości zamówienia należy brać pod uwagę łączną wartość zamówień tego samego rodzaju. Ponadto, komentowany przepis dopuszcza dwa sposoby obliczania wartości zamówień na usługi i dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu. Pierwszy sposób polega na dokonaniu obliczeń na podstawie zamówień udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Drugi zaś przewiduje obliczenie szacunku na podstawie zamówień, których zamawiający dopiero zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze. W takim przypadku wartość zamówienia zostanie ustalona na podstawie przewidywanej wielkości zamówienia w ciągu roku. Wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi powtarzające się okresowo należy do zamawiającego, jednak nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, zgodnie z którym przyjęcie do szacunku 12 miesięcy nie byłoby proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, skoro faktyczne realizowanie niniejszej usługi będzie trwało 9 miesięcy (zgodnie z pkt 3.1.14 SIWZ termin realizacji zamówienia został określony od dnia 1 kwietnia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r.). Równocześnie Zamawiający oświadczył, że dołożył należytej staranności przy oszacowaniu wartości zamówienia, którą to wartość oszacował na podstawie art. 34 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz aneksu nr 3 z dnia 22 grudnia 2017 r. do umowy z dnia 31 grudnia 2014 r., obejmującego realizację usługi przez okres ostatnich 3 miesięcy. W związku z powyższym zarzut Odwołującego w tym zakresie należy uznać za bezzasadny.

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawie wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe, w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec powyższego, obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co do całej ceny lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych. Niezależnie od art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

ustawodawca uszczegółowił generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, przez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Analiza treści ww. przepisów pozwala stwierdzić, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wymienia żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Niemniej czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonywana „na wszelki wypadek” czy też „z ostrożności”, ale powinna opierać się na wystąpieniu okoliczności określonych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 999.000 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia była łączna kwota wydatków poniesionych na usługę odbioru i transportu odpadów w okresie miesięcznym, z uwzględnieniem wzrostu kosztów wykonania usługi oraz okresu jej wykonywania. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 1.382.291 zł.

W wyznaczonym terminie złożono trzy oferty:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Oławie oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Kobierzycach z ceną 1.149.773,94 zł,
- wykonawcy PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z ceną 879.582,24 zł,
- wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu z ceną 1.262.394,72 zł.

Zamawiający nie skierował do żadnego z wykonawców wezwania w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W dniu 15 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie stwierdziła wypełnienia się przesłanek, opisanych w art. 90 ust. 1 oraz ust. 1 pkt 1a Pzp, skutkujących koniecznością wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ramach rozpoznawanego postępowania nie wystąpiły okoliczności skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż SIWZ nie zawierała warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania się bazą transportowo-magazynową. Obowiązek posiadania bazy wynikał z opisu przedmiotu zamówienia. Stosownie do pkt 3.1.4 SIWZ *Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r. poz. 122) Wykonawca zobowiązany jest spełniać szczegółowe wymagania w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w tym m. in.:*

- a) *zobowiązany jest posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną w gminie Oława lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy Oława na terenie, do którego posiada tytuł prawny.*
- b) *teren bazy magazynowo - transportowej musi być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,*
- c) *miejsce przeznaczone do parkowania pojazdów musi być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu (...)*

Podkreślić należy wyraźnie, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Zatem, powoływanie się Odwołującego na przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie się posiadaniem bazy, spełniającej wymogi określone w pkt 3.1.2 lit. b) i c) SIWZ, należy uznać za bezpodstawne. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w uzasadnieniu odwołania naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba rozpoznała postawione zarzuty na podstawie ich opisu zawartego dopiero w uzasadnieniu odwołania, nie zaś kwalifikacji prawnej dokonanej przez Odwołującego na początku pisma, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09, który stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył m.in. oświadczenie, że zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym przez Zamawiającego (pkt 12 Formularza ofertowego), nie podając równocześnie konkretnej bazy magazynowo-transportowej, bowiem żadne postanowienie SIWZ nie zawierało obowiązku dokonania stosownej indywidualizacji poprzez wskazanie konkretnej bazy. Irrelevantne dla niniejszego rozstrzygnięcia pozostają więc rozważania Odwołującego w zakresie wykazania rzekomej iluzoryczności zabezpieczeń w bazie magazynowo - transportowej. Zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawcy posiadali taką bazę, nie sprecyzował jednak w jaki sposób będzie ww. wymóg weryfikować. Zatem, brak było podstaw do uznania, że z uwagi na załączoną do odwołania dokumentację fotograficzną, oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie opisanym w odwołaniu – Izba uznała, że jest on bezzasadny. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, który musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był więc udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Następnie, Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w punkcie 8.2.1 SIWZ, zgodnie z którym Wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli:

- 1) posiada aktualne zezwolenie właściwego organu na zbieranie lub na zbieranie i przetwarzanie odpadów wydane w trybie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. - o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987 ze zm.);
- 2) posiada aktualne zezwolenie właściwego organu na transport odpadów wydane w trybie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. - o odpadach (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987 ze zm.) obejmującego gminę Oława;
- 3) posiada aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Wójta Gminy Oława.

Zarówno w odniesieniu do warunku dotyczącego posiadania zezwolenie na zbieranie lub na zbieranie i przetwarzanie odpadów, zezwolenia na transport odpadów, jak i wpisu do rejestru działalności regulowanej, Zamawiający nie zawarł żadnego odesłania, iż dokumenty te winny obejmować swoim zakresem odpady objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż wykonawcy mają legitymować się aktualnym zezwoleniem, nie odsyłając w tym zakresie do opisu przedmiotu zamówienia, ale do ustawy o odpadach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował zakresu zezwolenia i nie wymagał, aby zezwolenie obejmowało kody odpadów biodegradowalnych.

Postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć one charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaś Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na zbieranie odpadów wymogu w zakresie rodzajów odpadów objętych zezwoleniem, Przystępujący nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty zezwoleniem obejmującym wszystkie kody odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Izba ustaliła, że Przystępujący złożył stosowne zezwolenia, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w SIWZ, tj. decyzję Starosty Strzelińskiego z dnia 28 kwietnia 2016 r., wydaną m.in. na podstawie art. 41 oraz 43 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zezwalającą na zbieranie odpadów wymienionych w Tabeli nr 1, realizowaną na terenie działki nr 65/14, obręb Stary Wiązów.

Nieprzedłożenie zezwolenia na zagospodarowanie odpadów o wszystkim kodach objętych przedmiotem zamówienia nie przesądza o niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie i zgodnie z przepisami prawa. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, Izba uznała go również za bezzasadny. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowią, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (16) 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, (17) 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 związku z brakiem potwierdzenia się zarzutów odwołania wskazanych powyżej w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez Przystępującego, który złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na standardowym formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz przedstawił wymaganą decyzję na zbieranie odpadów, co zostało stwierdzone powyżej.

Nie można również przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Ww. przepis znajdzie zastosowanie w przypadku założenia oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert. Wskazana okoliczność nie zaktualizuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Izba uznaje więc powyższy zarzut za niezasadny, gdyż nie ma zastosowania do stanu prawnego niniejszego postępowania.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *równe traktowanie wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

W zakresie zaś naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: