

Sygn. akt: KIO 2796/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 grudnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Remondis Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Szczytno, ul. Łomżyńska 3, 12-100 Szczytno**

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

2.2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Remondis Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącą nadpłacony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Gmina Szczytno (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Szczytno do stacji przeładunkowej w Trelkowie w 2016 r. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2015 r. pod pozycją 170965.

W postępowaniu tym wykonawca Remondis Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej: „odwołujący”) w dniu 23 grudnia 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany, tj.:

- 1) zaniechał wykluczenia wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., który nie wykazał spełnienia warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia poprzez nieprzedstawienie polisy ubezpieczeniowej wymaganej w punkcie dziale X punkcie 1) podpunkcie h) SIWZ, zgodnie z § 1 pkt. 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) w celu wykazania spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp,
- 2) zaniechał uznania oferty wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. za odrzuconą, jako złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
- 3) zaniechał uzyskania - w celu ustalenia czy złożona oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską - rzetelnych, miarodajnych i wyczerpujących wyjaśnień od D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. w trybie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez „Zieleń” informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej),

4) zaniechał odrzucenia oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. zawierającej rażąco niską cenę i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

oraz dokonał niezgodnych z przepisami ustawy czynności polegających na:

5) wyborze oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D.:

a) zawierającej rażąco niską cenę,

b) której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6) wyborze wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., który:

a) złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę,

b) poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

7) wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku,

2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny,

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak ubezpieczenia),

- 4) art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez „Zieleń” informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej),
- 6) art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., którego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
- 8) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 9) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo istnienia licznych przesłanek faktycznych w sprawie zobowiązujących do podjęcia takich wyjaśnień,
- 10) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny,
- 11) § 1 pkt. 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez nieprzedłożenie aktualnej polisy ubezpieczeniowej ani innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na

roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114, ze zm., dalej „Dyrektywa 2004/18/WE”) poprzez nierówne traktowanie i dyskryminowanie części wykonawców oraz niedochowanie zasad uczciwej konkurencji,

2) art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE poprzez zaniechanie wezwania D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. do złożenia wyjaśnień na temat sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie,

3) art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. 2015, poz. 184 ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez:

a. stworzenie nierównych warunków udziału przedsiębiorców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz

b. wybór oferty złożonej przez D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. przewidującej całkowicie nierynkowe (niekonkurencyjne) warunki świadczenia usługi, co stanowi praktyki ograniczające konkurencję,

4) art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty złożonej przez D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D., która przewidywała świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów.

Odwołujący wniosk o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności:

- badania i oceny ofert;

- wyboru oferty najkorzystniejszej;

4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą,

5) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wobec nieudzielenia wyjaśnień na temat zaoferowanej ceny uwzględniających obiektywne czynniki, o których mowa art. 90 ust. 2 ustawy Pzp;

okoliczność ta powoduje, iż wątpliwości zamawiającego co do rynkowości ceny nie zostały usunięte, a zatem zamawiający powinien odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę (złożenie tej oferty stanowi równocześnie czyn nieuczciwej konkurencji);

6) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy D. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne i Transportowe „Zieleń” D. D. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp,

7) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia są usługi. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 568 571,06 zł, a zatem nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (pismo zamawiającego z dnia 28 grudnia 2015 r. w aktach sprawy).

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wskazany przepis określa zatem zamknięty katalog sytuacji, w których wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem zamówienia publicznego o wartości nie przekraczającej wartości tzw. progów unijnych przysługuje prawo złożenia odwołania.

W przedmiotowej sprawie treść wniesionego odwołania jednoznacznie wskazuje, że dotyczy ono czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza i nie dotyczy czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4, tj. odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego lub wykluczenia odwołującego z postępowania. Powyższe prowadzi do wniosku, iż odwołanie nie dotyczy czynności zamawiającego, wobec których wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 6, art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 nakazała zwrot odwołującemu kwoty 7 500 zł z uwagi na dyspozycję § 1 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wynosi 7 500 zł. Odwołujący dokonał wpłaty kwoty 15 000 zł tytułem wpisu od odwołania, a zatem należało dokonać zwrotu kwoty nadpłaconej.

**Przewodniczący:** .....