

Sygn. akt: KIO 1534/13

WYROK
z dnia 10 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. przez **Odwołującego – "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gmina Łomianki, ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki**,

przy udziale **wykonawcy - PARTNER D..... A....., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Odwołującego oraz przy udziale **wykonawcy - SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu - Gmina Łomianki unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. i nakazuje ponowne badanie oferty wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o., z zastosowaniem procedury przewidzianej art. 26 ust. 3 ustawy PZP oraz nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcę - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP z uwzględnieniem art. 24 ust.4 ustawy PZP;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gmina Łomianki, Warszawska 115, 05-092 Łomianki i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gmina Łomianki, Warszawska 115, 05-092 Łomianki na rzecz **Odwołującego** – "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców oraz obsługa punktu selektywnego zbierania odpadów - część I Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości zlokalizowanych na terenie gminy Łomianki”. Zdaniem Odwołującego – W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B....., w tym postępowaniu Zamawiający - Gmina Łomianki bezpodstawnie zaniechał odrzucenia ofert wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... i Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o., jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca wskazał również na zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z....., który to wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień. Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania ustalenia, czy oferty wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... i Zakładu Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, zaniechano wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz ewentualnego ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał również na zaniechanie wezwania wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień. Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 58 § 1 k.c. i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem oferty wskazanych wykonawców [SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z....., Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o.] nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), albowiem wykonawcy zaoferowali zagospodarowanie odpadów komunalnych z naruszeniem zasady bliskości wyrażonej wprost w uchwale Rady Miejskiej w Łomiankach z dnia 27.12.2012 r. nr XXXVIII/225/2012 w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łomianki i w konsekwencji oferta tych

wykonawców niezgodna jest z treścią SIWZ w zakresie wynikającym z pkt 12 - cena oferty nie uwzględnia, bowiem wszystkich zobowiązań wykonawców, wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia wynikających wprost z SIWZ. Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp z uwagi na zaniechanie ustalenia, czy oferty wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z....., Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku wskazał na zaniechanie wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, albowiem jego zdaniem w okolicznościach niniejszej sprawy, podejrzenie, co do takiego charakteru ceny oferty powinno powstać po stronie Zamawiającego. Dalej podał, że ustalenia w takim zakresie, mogłyby skutkować odrzuceniem ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp lub art. 90 ust. 3 tej ustawy. Wykonawca podniósł również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 tej ustawy i jej art. 26 ust. 2a z uwagi na zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z....., pomimo niewykazania przez tego wykonawcę posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem również naruszony został art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a Pzp, albowiem zaniechano wezwania wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny i badania ofert, a w ich wyniku odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... i Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. oraz wykluczenie z postępowania Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... z postępowania i następnie wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, ewentualnie dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym wezwania wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... oraz Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert i wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wezwania SITA Polska Sp. z o.o. do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej zamówieniem. Odwołujący podał również, że (...) W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności jest pozbawienie, bowiem

Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez Pzp oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej, jako „SIWZ”). W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że w (...) W ramach przedmiotowego postępowania, Odwołujący złożył ofertę na Część I zamówienia z ceną 8.942.400 zł. Pismem z dnia 13 czerwca 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podał, że oferta wybranego wykonawcy uzyskała najwyższą liczbę punktów, tj. 100 pkt, w kryterium, jakim była cena oferty. Ofertom złożonym przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... oraz Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o., Zamawiający przyznał odpowiednio 92, 35 oraz 89,92 pkt. Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, wykonawca podniósł, że (...) Przedmiotowe zamówienie obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości zlokalizowanych na terenie gminy Łomianki, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012r. poz. 391 - dalej, jako „u.c.p.g.”), Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023 (dalej, jako „WPGO”), przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Mazowieckiego nr 211/12 z dnia 22 października 2012r. w sprawie uchwalenia Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 z załącznikami, oraz uchwały Nr XXXVIII/225/2012 Rady Miejskiej w Łomiankach z dnia 27 grudnia 2012r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łomianki (dalej „Regulaminem”). Dalej wykonawca podał, że przedmiot zamówienia obejmuje wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych, odbiór odpadów segregowanych (zbieranych w pojemnikach lub w workach) transport odpadów komunalnych, zagospodarowanie odpadów zgodnie z wytycznymi przyjętymi w przepisach prawa i WPGO, utrzymanie porządku i czystości wokół pojemników, wyposażenie miejsc gromadzenia odpadów w niezbędne pojemniki oraz dostarczenie worków do selektywnej zbiórki odpadów (vide pkt 3.1 SIWZ, § 1 załącznika nr 7 do SIWZ - wzór umowy)”. Odnośnie zarzutu, dotyczącego niezgodności treści oferty z SIWZ oraz rażąco niskiej ceny wskazał na postanowienia SIWZ (pkt 4 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ), w których ustalono, że przedmiotowe zamówienie musi być realizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami, czyli m.in. z Regulaminem, ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. (Dz. U. z 2013r. poz. 21 - dalej przywoływaną, jako „u.o.”), oraz uchwałą nr 212/12 Sejmiku Województwa

Mazowieckiego z dnia 22 października 2012r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 (dalej przywoływana, jako „uchwała w sprawie wykonania WPGO”), która zgodnie z art. 38 u.o. określa regiony gospodarki odpadami komunalnymi oraz regionalne instalacje do przetwarzania odpadów w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz Instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów. Wykonawca podkreślił, że (...) Jedną z naczelnych zasad gospodarowania odpadami jest wyrażona w art. 20 u. o. zasada bliskości. Sprowadza się ona do tego, że odpady w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania, natomiast te, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Dalej podał, że zasada ta znalazła odzwierciedlenie w 6 25 ust. 3 i 5 Regulaminu, w myśl którego „W każdym regionie gospodarki odpadami odpady zmieszane zielone i bioodpady oraz pozostałości z sortowania i MBP przeznaczone do składowania muszą być kierowane w pierwszej kolejności do instalacji posiadających status RIPOK, położonych najbliższego miejsca wytworzenia odpadów. Dopiero w przypadku braku wolnych mocy przerobowych RIPOK odpady mogą być kierowane do instalacji przetwarzającej dany rodzaj odpadów przewidzianej do zastępczej obsługi regionu”. (...) 5. Odpady selektywnie zebrane powinny trafiać zgodnie z zasadą bliskości do instalacji regionalnych, które mają możliwość ich właściwego zagospodarowania lub w przypadku braku takiej możliwości/ mogą one być kierowane do innych instalacji przetwarzających poszczególne frakcje odpadów selektywnie zebranych. Wykonawca wskazując na pkt 4.1 OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ stwierdził, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności Regulaminem, który to wymóg Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 08.05.2013 r. oraz z dnia 17.05.2013 r., wyjaśniając, że zmieszane odpady komunalne należy przekazywać do RIPOK zlokalizowanego na obszarze regionu, położonego najbliższego miejsca powstania odpadów, jeżeli jest kilka takich instalacji, natomiast odpady selektywnie zebrane należy przekazywać do instalacji odzysku lub unieszkodliwienia położonych najbliższego. Podkreślił, że tego wymagania nie zaskarżono. Dalej podał, że (...) Stosownie do zapisów uchwały w sprawie WPGO, instalacją położoną najbliższego miejsca wytworzenia odpadów, posiadającą status RIPOK, jest instalacja należąca do Odwołującego - sortownia zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zebranych oraz kompostownia kontenerowa frakcji organicznej wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów organicznych selektywnie zbieranych położona przy ul. Wólczyńskiej 249 w Warszawie. Instalacja ta jest jednocześnie instalacją odzysku najbliższego położoną dla zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych. Odwołujący, w tym miejscu podkreślił,

że żaden z wykonawców, których oferty podlegają zaskarżeniu, nie zawarł z Odwołującym, jako prowadzącym ww. instalację, umowy na zagospodarowanie odpadów. Wykonawcy ci, w wykonaniu żądania Zamawiającego zawartego w SIWZ do przedłożenia wraz z ofertą dowodów na gotowość przyjęcia odpadów do RIPOK, przedłożyli umowy lub promesy zawarcia umowy z właścicielami innych RIPOK-ów, położonych dalej od miejsca wytworzenia odpadów, niż instalacja Odwołującego. Tym samym wykonawcy ci zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ, która, jak wskazywano powyżej, nakazywała - zgodnie z Regulaminem - przekazanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia do instalacji położonej najbliżej miejsca wytworzenia odpadów, tj. do instalacji Odwołującego. Dalej podał, że (...) Na tej zasadzie treść ofert wskazanych wykonawców przesądza o nieważności tych ofert na podstawie art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Oferty te, bowiem są niezgodne z Regulaminem, który z mocy art. 4 ust. 1 u.c.p.g. jest aktem prawa miejscowego. Regulamin pozostaje w mocy, tym samym bezwzględnie wiąże wykonawców, także w zakresie cytowanego wyżej § 25 ust. 3 i 5, który w konsekwencji zmusza wykonawców na dzień dzisiejszy do kierowania odpadów do instalacji Odwołującego. W konsekwencji oferta tych wykonawców – zdaniem Odwołującego - jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wynikającym z pkt 12. Cena oferty nie uwzględnia, bowiem wszystkich zobowiązań wykonawców, wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia, wynikających wprost z SIWZ, tj. kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów selektywnie zebranych w instalacji Odwołującego, jako instalacji położonej najbliżej miejsca wytworzenia odpadów. Cena przyjęcia odpadów komunalnych tej instalacji wynosi dla zmieszanych odpadów komunalnych 390,00 zł/Mg netto, przy czym należy podkreślić, że była ona znana dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dalej wykonawca podał, że ceny ofertowe wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... oraz Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” nie tylko potwierdzają, że wykonawcy ci nie skalkulowali kosztów związanych z obowiązkiem przekazywania odpadów komunalnych do instalacji wymaganej Regulaminem i SIWZ. Ceny te potwierdzają także, że są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca podał, że w niniejszym postępowaniu zostało złożonych sześć ofert: (1) MPK Sp. z o.o. ceną 7.451. 676,00 zł, tj. 248 389,10 zł miesięcznie i 10,80 zł w przeliczeniu na mieszkańca, przy czym wykonawca został wykluczony z postępowania z na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, (2) PARTNER D..... A..... z ceną 11.178. 000,00 zł, tj. 372 600,00 zł miesięcznie i 16,20 zł w przeliczeniu na mieszkańca, (3) Zakładu Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. z ceną 6 490 409,80 zł, tj. 216 346,99 zł i 9,41 zł w przeliczeniu na mieszkańca, (4) Odwołującego z ceną 8 942 400,00 zł, tj. 298 080,00 zł miesięcznie i 12,96 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca, (5) Przedsiębiorstwa

Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... z ceną 6 319 296,00 zł, tj. 210 643,20 zł i 9,16 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca oraz (6) SITA Polska Sp. z o.o. z ceną 5 835 883,68 zł, tj. 194 529,46 zł miesięcznie i 8,46 zł w przeliczeniu na mieszkańca. Stwierdził również, że (...) Zakładając, że w roku 2012 zostało odebranych 7694,98 Mg zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), co wynika z odpowiedzi na pytanie 50 z dnia 8 maja 2013 r., ceny ofert wykonawców w przeliczeniu na 1 Mg odpadów zmieszanych wynoszą: SITA Polska Sp. z o.o. - 280,89 zł netto, Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... - 303,70 zł netto, a Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. - 312,39 zł netto. Podkreślił, że powyższe wyliczenie odnosi się tylko do niesegregowanych odpadów komunalnych, dodatkowym kosztem dla w/w wykonawców będzie również zagospodarowanie odpadów selektywnie zebranych. Z danych zawartych w WPGO wynika, że jeden mieszkaniec wytwarza rocznie około 340 kg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Biorąc pod uwagę ilość tylko zameldowanych mieszkańców Gminy Łomianki, wynoszącą 22.999 osób, to łączna ilość wytworzonych przez mieszkańców niesegregowanych odpadów komunalnych (20 03 01) wyniesie minimum 7 819,60 Mg, co powoduje, iż jednostkowa cena za odbiór jednej tony odpadów zaproponowana przez w/w oferentów będzie jeszcze niższa. Powyższe dane – zdaniem wykonawcy - potwierdzają, że wykonawcy nie zamierzają kierować strumienia odpadów komunalnych do instalacji Odwołującego. Ogromna rozbieżność cen z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wskazuje, że wykonawcy musieli uwzględnić diametralnie odmienne elementy cenotwórcze mające wpływ na kalkulowane oferty. Przyczyny tych rozbieżności mogą być różne. Niemniej jednak świadczą one o tym, że wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu nie skalkulowali ofert przy założeniu tej samej ceny zagospodarowania odpadów. Zważyć, bowiem należy, że stanowi ona kluczowy element oferty, który z uwagi na wyżej opisany obowiązek kierowania odpadów do jednej możliwej instalacji - położonej przy ul. Wólczyńskiej 249 w Warszawie, powinien być na tym samym poziomie dla wszystkich wykonawców, w szczególności, że pozostałe elementy cenotwórcze mające wpływ na kształtowanie się oferty usługi odbioru odpadów, są na podobnym poziomie (tj. koszt transportu odpadów, na który składają się koszt paliwa, zatrudnienia, logistyki i obsługi administracyjnej). Powyższe okoliczności skłaniają jednocześnie do wniosku, iż ceny ofertowe wskazanych wykonawców mają charakter ceny rażąco niskiej. Podkreślił, że Odwołujący działa na lokalnym rynku odbioru i zagospodarowywania odpadów komunalnych od lat, mając większościowy udział w tym rynku i tym samym wykonawca doskonale zna specyfikę, topografię oraz rozkład nieruchomości na terenie Gminy Łomianki. Ma także stworzoną już logistykę obsługi nieruchomości, dysponuje odpowiednim sprzętem oraz zespołem wysoko wykwalifikowanych pracowników. Powyższe okoliczności oraz fakt posiadania własnego RIPOK położonego najbliżej miejsca wytworzenia odpadów,

pozwalającego na odzysk wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, z pewnością stawiają Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Ponownie podkreślił, że Odwołujący doskonale orientuje się w realiach i specyfice rynku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Łomianki, a także posiada bogate doświadczenie w realizacji usług na tym terenie, które to doświadczenie pozwala mu zaoferować cenę na poziomie 12,90 zł miesięcznie w przeliczeniu na mieszkańca. Określając wskazaną cenę, Odwołujący uwzględnił wszelkie możliwe upusty i ryzyka związane z przedmiotem zamówienia, które to ryzyka są znane Odwołującemu z racji doświadczenia w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia na terenie Gminy Łomianki. Na tej zasadzie cena zaoferowana stanowi swego rodzaju dolną granicę opłacalności, której przekroczenie pozbawia wykonawcę zysku. Co istotne, dla Odwołującego utrzymanie rynku w Łomiankach było priorytetowe, dlatego też polityka cenowa Odwołującego skłoniła go do zaoferowania ceny z minimalnym zyskiem. Mimo tych szczególnych właściwości Odwołującego, odróżniających go od innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia, Odwołujący nie był w stanie zaoferować ceny niższej, która nie miałaby przymiotu ceny dumpingowej. W konkluzji wykonawca stwierdził, że wycena usługi przez innych wykonawców z miejsc 1-3 tzw. listy rankingowej została dokonana nie tylko w sposób niezgodny z SIWZ (nieobejmujący kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji zgodnej z Regulaminem i wymaganiami Zamawiającego), ale w sposób nierzetelny. Jego zdaniem, Zamawiający bezprawnie zaniechał wyjaśnić ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że celem postępowania jest realizacja danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, co jednak nie oznacza, że celem jest wyłonienie wykonawcy, który nie gwarantując właściwego wykonania zamówienia, oferuje najniższą cenę. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że (...) Przyjmuje się, że granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy wykonawcami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Stąd też, jego zdaniem, w przedmiotowym postępowaniu konieczne staje się wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał również, że (...) Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, powinien był dokonać jej oceny nie tylko pod kątem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, ale powinien także sprawdzić, czy jego oferta zakłada realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wyżej opisanymi obowiązkami, a więc, co wykazano wyżej, czy jej treść odpowiada treści SIWZ i czy nie ma przymiotu ceny rażąco niskiej. Weryfikacja oferty każdego wykonawcy biorącego udział w niniejszym postępowaniu powinna obejmować przewidziany przez niego sposób zagospodarowania odebranych od mieszkańców odpadów,

w szczególności to, czy wykonawca zamierza kierować strumień odpadów do instalacji posiadających status RIPOK położonych najbliżej miejsca wytworzenia odpadów. Mając na względzie powyższe rozważania, Zamawiający powinien był – zdaniem Odwołującego - w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 8 Pzp odrzucić oferty wykonawców: SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... oraz Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. jako niezgodne z treścią SIWZ i jednocześnie nieważne w związku z zaferowaniem wykonania usługi niezgodnie z Regulaminem oraz wymogami Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził również, że wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... oraz SITA Polska sp. z o. o nie spełnili warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia. W zakresie tego zarzutu podał, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych o następujących kodach dla Części I wg OPZ - Zał. nr 8 do SIWZ (pkt II.1 ppkt 1.1., 1.2, 1.3 i II.2 ppkt 2.1., 2.2, 2.3): (1)niesegregowane odpady komunalne (20 03 01), oraz (2) selektywnie zbierane odpady komunalne: 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), 15 01 02 (opakowania z tworzyw sztucznych), 15 01 04 (opakowania z metali), 15 01 05 (opakowania wielo materiałowe), 15 01 07 (opakowania ze szkła), 20 01 01 (papier i tektura), 20 01 02 (szkło), 20 01 39 (tworzywa sztuczne), 20 01 40 (metale), (3) odpady z ogrodów i parków (20 02 01). Dalej podał, że zgodnie z pkt 5.1.1.1.3. w zw. pkt 6.1.4 SIWZ wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązani zostali do wykazania się spełnieniem warunków udziału w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia poprzez złożenie aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych lub gotowości przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie przetwarzania odpadów posiadającego stosowne zezwolenia zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... (dalej jako wykonawca LEKARO) nie wykazało spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu. Stwierdził również, że Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2013 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W wezwaniu Zamawiający stwierdził, iż „Komisja przetargowa w trakcie sprawdzania Państwa oferty stwierdziła iż Wykonawca w ww. załączonych dokumentach nie wykazał zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych w zakresie wszystkich powołanych w Opisie przedmiotu zamówienia kodów odpadów. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia oferty o ww. dokument/dokumenty potwierdzające powyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu (tj. aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie

przetwarzania odpadów..."). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca LEKARO przedstawił decyzję Starosty Otwockiego nr 16/2013 na odzysk odpadów oraz umowę nr 1/2000 z Hutą Szkła. Z załączonych do oferty dokumentów oraz z dokumentów dostarczonych Zamawiającemu nie wynika, aby wykonawca ten miał zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowę z przedsiębiorcą posiadającym takie zezwolenie w zakresie następujących kodów odpadów: 15 01 04 opakowania z metali, 15 01 05 opakowania wielo materiałowe, 15 01 07 opakowania ze szkła, 20 01 02 szkło i 20 01 40 metale. Podkreślił, że umowa nr 1/2000 przedstawiona z Hutą Szkła wygasa dnia 31.12.2010r, (vide § 10 umowy). Stwierdził również, że wykonawca LEKARO nie posiadał zezwolenia na przetwarzanie (odzysk lub unieszkodliwienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy o odpadach) wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia i mimo wezwania Zamawiającego nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów potwierdzających gotowość przyjęcia tych odpadów przez przedsiębiorcę posiadającego stosowną decyzję uprawniającą do przetwarzania przedmiotowych odpadów. W tym stanie rzeczy, wobec możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca LEKARO podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. nie wykazując na dzień składania ofert, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów. Odnośnie wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. stwierdził, że wykonawca ten również nie wykazał posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 01 40 i 20 02 01. Mimo to Zamawiający, w odróżnieniu od innych wykonawców, zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca PARTNER D..... A..... z Warszawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, a po stronie Zamawiającego wykonawca SITA Polska wnosząc z kolei o oddalenie w całości odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp (...) Podstawowym warunkiem, którego spełnienie musi wykazać wnoszący odwołanie Wykonawca jest udowodnienie, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Dalej podał, że (...) W przypadku wnoszącego odwołanie Wykonawcy żaden z wymogów przewidzianych przez ten

przepis nie zaistniał”. Stwierdził, że (...) Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 4. 441. 676,40 zł, którą musiał zwiększyć do kwoty 5 835 883,68 zł (kwota ofert najkorzystniejszej z najniższą ceną)”. Z kolei oferta jaką złożył zamawiającemu Odwołujący (...) opiewa na kwotę osiem milionów dziewięćset czterdzieści dwa tysiące czterysta złotych (8942400zł), co oznacza, że zamawiający nawet gdyby był on jedynym wykonawcą, którego oferta jest ważna, nie miałby możliwości zawrzeć z nim umowy jako, że po prostu nie dysponuje taką ilością środków w budżecie, ani nie ma możliwości ich uzyskać w tym postępowaniu”. W konkluzji stwierdził, że (...) nie można mówić w tym przypadku o tym, że wnoszący odwołanie ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu. Ponadto należy podkreślić, że opisany wyżej stan faktyczny ewidentnie wykazuje, że ten Wykonawca także nie poniósł żadnej szkody”.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk przedstawionych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp.

Tak jak stwierdziła Izba, odwołanie zostało wniesione wobec czynności zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z..... i Zakładu Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o., jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferujących ceny rażąco niskie. Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 58 § 1 k.c. i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wykonawca zarzucił również naruszenie art. 90 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp i w zw. z art.7 ust.1 tej ustawy Pzp. Wykonawca wskazał również na zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 tej ustawy i jej art. 26 ust. 2a, z uwagi na zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego LEKARO J..... Z....., chociaż wykonawca ten nie wykazał - pomimo uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów - posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego również naruszony został art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, albowiem zaniechano wezwania

wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o. do przedłożenia przez tego wykonawcę dokumentów, potwierdzających posiadanie uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Rozpoznając odwołanie, Izba – uwzględniając wniosek Zamawiającego w przedmiocie oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów – w pierwszej kolejności miała na uwadze przesłanki określone art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem zdaniem wnioskodawcy, wnoszący odwołanie wykonawca nie ma i nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu, a uwzględniając stan faktyczny sprawy ten wykonawca także nie poniósł, ani nie poniesie żadnej szkody, której wykazania wymaga ten przepis. W uzasadnieniu tego wniosku Zamawiający podał, że na realizację przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 4.441.676,40 zł, którą mógł zwiększyć do kwoty 5.835 883,68 zł, podczas gdy cena w ofercie Odwołującego określona została na kwotę 8.942.400 zł. Tak jak ustaliła Izba, a co potwierdził Zamawiający, wskazana kwota do której nastąpiło zwiększenie środków, to kwota z oferty wykonawcy SITA Polska [oferującego w niniejszym postępowaniu najniższą cenę], uznanej za najkorzystniejszą, która to cena stanowi w tym postępowaniu wyłączone kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. W toku rozprawy Zamawiający nie przedłożył żadnego dowodu dla potwierdzenia złożonego w piśmie [odpowieź na odwołanie] oświadczenia, że nawet gdyby Odwołujący był jedynym wykonawcą, którego oferta jest ważna, albo w przypadku stwierdzenia przez Izbę zastosowania rażąco niskich cen w kwestionowanych ofertach, to nie miałby możliwości zawrzeć z tym wykonawcom umowy z uwagi na nie dysponowanie taką ilością środków w budżecie, oraz z uwagi na brak możliwości ich uzyskania w tym postępowaniu. W tym przypadku Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. W ocenie Izby, Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że w dacie wnoszenia odwołania oraz w późniejszym okresie zaistniały obiektywne okoliczności, które nie pozwalają Zamawiającemu na zwiększenie środków w budżecie. Z faktu, że zmiana planu finansowego następuje w drodze uchwały Rady Miejskiej Gminy nie można wywodzić, że Rada Miejska w przypadku ustalenia, że dotychczas uznana za najkorzystniejszą oferta i następne [z liczbą punktów większą od uzyskanej przez Odwołującego] zastosowały tzw. „ceny dumpingowe” [rażąco niskie], nie

postanowi o kolejnej zmianie planu finansowego. Oczywiście, zgodnie z art. 93 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp, to zamawiający, po wyborze najkorzystniejszej oferty *de facto* rozstrzyga o możliwości zwiększenia kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, jednakże brak możliwości jej zwiększenia, także powinien być, chociażby uprawdopodobniony w związku z art. 190 ust.1 ustawy Pzp – szczególnie, że definitywną decyzję o zmianach stawek opłat podejmuje Rada Miejska w Łomiankach. Tym samym nie było podstaw, zdaniem Izby, do uznania – na tym etapie postępowania i w okolicznościach niniejszej sprawy - braku łącznego spełnienia przesłanek wymienionych wskazanym art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając następnie pierwszy z zarzutów, dotyczący zaniechania odrzucenia ofert wskazanych wykonawców z klasyfikacją na poz. 1 do 3, Izba przede wszystkim podzieliła pogląd wnoszącego odwołanie wykonawcy, że dla oceny niniejszego zarzutu, rozstrzygające znaczenie ma zasada bliskości określona w ustawie o odpadach, która także została wyrażona wprost w uchwale Rady Miejskiej w Łomiankach z dnia 27.12.2012 r. nr XXXVIII/225/2012 w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łomianki [dalej Regulamin]. Jednakże, w niniejszej sprawie, Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze § 25 ust.1 tego Regulaminu, a następnie ust.3 oraz ust.5 tego paragrafu. Zgodnie z pierwszą regulacją z ust.1 Rada Miejska stwierdziła, że (...) Gospodarka odpadami w województwie, funkcjonuje w oparciu o regiony gospodarki odpadami komunalnymi (RGOK). Pochodzące z terenu gminy Łomianki odpady komunalne zmieszane, odpady zielone i bioodpady oraz pozostałości z sortowania i pozostałości po procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania (MBP) przeznaczone do składowania mogą być zagospodarowywane wyłącznie w ramach regionu warszawskiego”. Z kolei w ust.3 ustalono, że (...) W każdym regionie gospodarki odpadami, odpady zmieszane, zielone i bioodpady oraz pozostałości z sortowania i MBP przeznaczone do składowania, muszą być kierowane w pierwszej kolejności do instalacji posiadających status RIPOK, położonych najbliżej miejsca wytworzenia odpadów. Dopiero w przypadku braku wolnych mocy przerobowych RIPOK, odpady mogą być kierowane do instalacji, przetwarzającej dany rodzaj odpadów przewidzianej do zastępczej obsługi regionu. Zmieszane odpady komunalne mogą być kierowane do sit mobilnych wyłącznie w przypadku braku możliwości przetworzenia odpadów w instalacjach MBP. W przypadku regionów, dla których wyznaczono instalacje do zastępczej obsługi poza regionem macierzystym - odpady mogą być przekazywane do instalacji zastępczych poza regionem, wyłącznie pod warunkiem braku wolnych mocy przerobowych w instalacjach regionalnych i zastępczych funkcjonujących na obszarze regionu”. Z kolei w ust.5 powołując się również na zasadę bliskości [regulowaną art. 20 ustawy o odpadach] wskazano, że „Odpady selektywnie zebrane, powinny trafiać zgodnie z zasadą bliskości do

instalacji regionalnych, które mają możliwość ich właściwego zagospodarowania lub w przypadku braku takiej możliwości, mogą one być kierowane do innych instalacji przetwarzających poszczególne frakcje odpadów selektywnie zebranych". W tym przypadku Izba również posiłkowo uwzględniała uzasadnienie do projektu ustawy o odpadach, do art. 20 tej ustawy [Druk sejmowy nr 456. Cz.1], w którym stwierdzono, że w zakresie gospodarowania odpadami zasada bliskości wyraża się w tym, że w pierwszej kolejności odpady powinny być (...) poddawane odzyskowi lub unieszkodliwianiu w miejscu ich powstawania lub powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o których mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150, z późn. zm.), przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwione. W stosunku do określonych odpadów (niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe) zasada bliskości wyraża się koniecznością (z pewnymi wyjątkami) poddania ich odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze tego województwa, w którym zostały wytworzone". Zatem, zdaniem Izby, sporna zasada [bliskości] nie może być rozumiana, jako fizyczna odległość [ilość kilometrów] instalacji od miejsca wytwarzania odpadów. Takie postrzeganie tej zasady prowadziłoby do naruszenia konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dawałoby bowiem, z jednej strony monopol administratorowi danej instalacji na „dyktowanie wysokich cen potencjalnym oferentom”, w związku z kosztem zagospodarowania odpadów, a z drugiej strony, taki administrator miałby możliwość uczestniczenia w postępowaniu jako oferent, co niewątpliwie mogłoby mu kreować uprzywilejowaną pozycję. Zdaniem Izby, wskazane okoliczności naruszałoby uczciwą konkurencję i pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym, złożenie oferty przez takiego wykonawcę [administratora czy właściciela instalacji] mogłoby być postrzegane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Izba zwraca uwagę, że tylko w nielicznych wyjątkach odległość mierzona w kilometrach będzie miała rozstrzygające znaczenie. W tym przypadku, odrębności przede wszystkim dotyczą komunalnych osadów ściekowych i zgodnie z ust. 5 art. 20 ustawy o odpadach wywóz poza region [dane województwo] inny niż ten, na którym zostały wytworzone, jest dopuszczalne tylko wtedy, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa. Analogiczne zastosowanie ma również wyłączenie do unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych [art. 20 ust.6 ustawy o odpadach]. Tym samym Odwołujący nie może twierdzić, że wykonawca SITA Polska Sp. z o.o., czy wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z....., jak również Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK" Sp. z o.o., kierując odpady z §

25 ust.3 Regulaminu [zmieszane, zielone i bioodpady oraz pozostałości z sortowania i MB przeznaczone do składowania] do innych instalacji o statusie RIPOK, niż instalacja prowadzona przez Odwołującego, naruszają zasadę bliskości wyrażoną w Regulaminie w zw. z art. 20 ustawy o odpadach. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu, albowiem w ocenie Izby kwestionowane oferty – w spornym zakresie – są zgodne z Regulaminem i tym samym odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe ustalenia powodują, że wykonawca nie może skutecznie podnosić również naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 k.c., a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem oferty wskazanych wykonawców [SITA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe LEKARO J..... Z..... i Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o.] odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba ponownie podkreśla, że wymienieni wykonawcy nie zaoferowali zagospodarowania odpadów komunalnych z naruszeniem zasady bliskości, wyrażonej wprost w uchwale Rady Miejskiej w Łomiankach z dnia 27.12.2012 r. nr XXXVIII/225/2012 w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łomianki. W konsekwencji oferty tych wykonawców odpowiadają również wymaganiom z pkt 12 specyfikacji, albowiem uwzględniają w cenie wszystkie zobowiązania oraz wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z SIWZ. W tym przypadku argumentacja Odwołującego wynikała z faktu nie korzystania przez wykonawców z instalacji przy ul. Włociańskiej 249 w Warszawie i stąd zarzut nierzetelnego dokonania kalkulacji kosztowych, albowiem nie uwzględniały one w cenie oferty kwoty 390 zł za 1 Mg, tytułem kosztu zagospodarowania odpadów [RIPOK Byś], a kwotę niższą, tak jak w przypadku wykonawcy SITA Polska 240 zł za 1 Mg [RIPOK Remondis]. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że sporne wyjaśnienia ze str 14 pisma z dnia 8 maja 2013 r. [Ad.1 Ad.2 Ad. 3], oraz z pisma z dnia 17 maja 2013 r. [pytanie 2 /3] należało przede wszystkim interpretować w kontekście postawionych pytań [po Ad 52] pkt 1, 2 i 3, jak również innych pytań i odpowiedzi zamieszczonych m.in. w piśmie z dnia 8 maja 2013 r., chociażby na stronie 9 [Ad.2, Ad.3]. Wymaga także podkreślenia, że wyjaśnienia nie mogą pozostawać w sprzeczności z treścią – aktu prawa miejscowego - Regulaminu (...) ustanowionego w drodze uchwały przez Radę Miejską. Dalej Izba stwierdza, że – jej zdaniem - pytanie z pisma z dnia 17 maja 2013 r. [po udzielonych już wyjaśnieniach] miało charakter zapytania intencjonalnie nakierowanego na odpowiedź, że zamiarem organu [Rady Miejskiej w Łomiankach], ustanawiającego Regulamin było wskazanie przez ten organ, de facto, że instalacją dedykowaną do odbioru odpadów z Gminy Łomianki jest instalacja zlokalizowana w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249, której zarządzającym jest firma BYŚ W..... B..... W tym przypadku, Izba zwraca uwagę, że sam Odwołujący nie przeczył, że akt prawa miejscowego [Regulamin] nie może pozostawać w sprzeczności z

ustawą, w tym przypadku z ustawą o odpadach, jak również z ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminie. Druga z kolei ustawa nie pozwala, w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów na wskazanie przez gminę regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów [RIPOK]. Zdaniem Izby, co jest poparte doktryną i orzecznictwem, w przypadku sprzeczności postanowień Regulaminu z ustawami, musiałby mieć zastosowanie przepis art. 58 § 1 k.c., który wyznacza dla czynności prawnych, od strony negatywnej, ogólne ramy ich dopuszczalnej treści oraz cele tych czynności, a jego funkcja przede wszystkim polega na tym, aby zapobiegać powstawaniu stosunków społecznych sprzecznych z porządkiem prawnym i uznanymi normami. Przepis ten a' contrario wyznacza granice swobody czynności prawnych, stanowiąc jednocześnie, że nieważność, o której mowa w art. 58 § 1 k.c., jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność prawna nie wywołuje żadnych skutków w sferze cywilnoprawnej. Izba zwraca uwagę również, że zgodnie z tym przepisem czynność prawna sprzeczna z ustawą, albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, że na miejsce nieważnych postanowień wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Tym samym interpretacja spornych postanowień Regulaminu, w powoływaniu się na wyjaśnienia wskazane powyżej, powodowałaby nieważność takich postanowień i w ich miejsce wchodziłaby zasada bliskości w rozumieniu ustawy o odpadach. Można hipotetycznie założyć inny skutek, dalej idący, a mianowicie nieważność postępowania, wobec interpretacji postanowień Regulaminu, którą prezentuje wykonawca [wskutek nakazania przez Izbę unieważnienia postępowania]. To z kolei powodowałoby brak możliwości orzekania merytorycznego w zakresie podnoszonych zarzutów w odwołaniu, gdyż wykonawca nie mógłby powoływać się łącznie na przesłanki wymagane art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Przede wszystkim nie mógłby wykazać [w związku z nieważnością postępowania] poniesienia szkody w tym postępowaniu. W tym miejscu Izba podkreśla, że zgodnie z powoływanym art. 179 ust.1 ustawy Pzp tylko łączne wykazanie wymaganych tym przepisem przesłanek tj. interesu oraz szkody umożliwiłoby wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej przewidzianej ustawą Pzp, w tym przypadku z odwołania. Nie wykazanie przez wykonawcę interesu, bądź i/lub szkody w rozumieniu tego przepisu powoduje oddalenie odwołania w całości bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów w nim podnoszonych. Analogiczne uregulowanie – tak jak w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG.

Rozpoznając następnie kolejny zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp i w zw. z art.7 ust.1 tej ustawy, Izba stwierdziła, że zarzut ten również nie podlega uwzględnieniu. W tym przypadku zarzut ten Odwołujący wywodzi z faktu, że wycena usługi przez innych [kwestionowanych] wykonawców z miejsc 1-3 listy

rankingowej została dokonana nierzetelnie, albowiem w cenie nie ujęto kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji zgodnej z Regulaminem i wymaganiami Zamawiającego, albowiem wykonawcy nie mają zawartych umów na zagospodarowanie odpadów z instalacją w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249. Ta okoliczność uzasadnia, zdaniem wykonawcy, zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający bezprawnie zaniechał wyjaśnień oferowanych cen mających przymiot „ceny rażąco niskiej” w trybie przewidzianym powołanym przepisem. Podkreślił również, że weryfikacja ceny w każdej z ofert tych wykonawców powinna obejmować, w szczególności ustalenie, czy wykonawca zamierza kierować strumień odpadów do instalacji posiadającej status RIPOK, położonej najbliżej miejsca wytworzenia odpadów [tj. czytaj w Warszawie ul. Wólczyńska 246]. Tak jak już podała Izba, zarzut nie korzystania z instalacji zlokalizowanej w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 246 jest niezasadny, stąd również podlega oddaleniu zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Ponadto Izba stwierdza, że korzystanie przez wykonawców z innych instalacji [zlokalizowanych w danym regionie – tu: warszawskim] nie wymagało żadnych wyjaśnień, albowiem okoliczność skierowania odpadów do innych instalacji była obiektywnie wiadoma, w związku z umowami załączonymi do ofert [również w związku z wyjaśnieniami ich treści], chociażby w ofercie SITA Polska uznanej za najkorzystniejszą, w której powołano się na instalację firmy Remondis. Dodatkowo Izba stwierdza, że ceny z ofert kwestionowanych są wyższe o ponad 1 mln zł w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Nie ma również żadnych podstaw do przyjęcia, że cenę z oferty Odwołującego należy traktować, jako wyznacznik ceny rynkowej dla tej usługi. W konkluzji Izba stwierdza, że wobec ustaleń odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i pozostałych przepisów również podnoszony zarzut naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Podlegają natomiast uwzględnieniu zarzuty skierowane do oferty wykonawcy LEKARO oraz wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o., odnośnie braku potwierdzenia przez tych wykonawców warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.4 specyfikacji - w zakresie posiadanych uprawnień.

Wykonawca LEKARO, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedstawił decyzję Starosty Otwockiego nr 16/2013 na odzysk odpadów oraz umowę nr 1/2000 z Hutą Szkła. Tak jak słusznie stwierdził wnoszący odwołanie, dokumenty nie potwierdzają, że wykonawca LEKARO ma zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowę z przedsiębiorcą posiadającym takie zezwolenie w zakresie kodu odpadów: 15 01 04 [opakowania z metali], 15 01 05 [opakowania wielo materiałowe], 15 01 07 [opakowania ze szkła], 20 01 02 [szkło] i 20 01 40 [metale]. Ponadto z umowy nr 1/2000 wynika, że wygasła

ona dnia 31.12. 2010r, (vide § 10 umowy). Tym samym wykonawca LEKARO nie posiadał zezwolenia na przetwarzanie (odzysk lub unieszkodliwienie w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy o odpadach) wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia i mimo wezwania Zamawiającego nie przedstawił wymaganych dokumentów, [zezwolenia, umowy lub promesy potwierdzającej gotowość przyjęcia tych odpadów przez przedsiębiorcę, posiadającego stosowną decyzję uprawniającą do przetwarzania przedmiotowych odpadów]. Tym samym, w okolicznościach niniejszej sprawy i wobec możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca LEKARO podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. nie wykazując na dzień składania ofert, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów.

Odnośnie oferty wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o., Izba stwierdza, że wykonawca ten na dzień składania ofert, [również na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty oraz na dzień wniesienia odwołania] nie wykazał posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 01 40. Tak jak słusznie podniesiono w odwołaniu, Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym zobowiązany jest do dokonania tej czynności. Izba jednocześnie stwierdza, że dokonywanie czynności uzupełniania oferty przez samego wykonawcę, szczególnie po wniesieniu odwołania, nie może być uznane za czynność skutecznego uzupełnienia oferty, tym bardziej, że ustawa Pzp nie przewiduje innego trybu uzupełniania dokumentów do oferty, bądź wyjaśniania jej treści, aniżeli w trybie określonym w art. 26 ust 3 i 4 oraz w art. 87 ust.1 ustawy Pzp czy też w art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Odnośnie uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 02 01, Izba stwierdza, że umowa z firmą Remondis przedłożona do oferty przez wykonawcę SITA Polska, bezspornie potwierdzała w załączniku, że ten warunek w zakresie wyżej wskazanym jest spełniony.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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), zgodnie, z którym wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3.600 zł.

.....