

WYROK

z dnia 23 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez **U..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą UNI-MAX U..... J....., Bartąg, ul. Tęczowy Las 2A lok. 70, 10-687 Olsztyn** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gminę Gołdap, Pl. Zwycięstwa 14, 19-500 Gołdap**

przy udziale wykonawcy **J..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., ul. Zatorowa 1, 19-500 Gołdap** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Gminie Gołdap unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym zastosowanie procedury wezwania do wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów wobec wykonawcy J..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Gminę Gołdap, Pl. Zwycięstwa 14, 19-500 Gołdap** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **U..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą UNI-MAX U..... J....., Bartąg, ul. Tęczowy Las 2A lok. 70, 10-687 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Gołdap, Pl. Zwycięstwa 14, 19-500 Gołdap** na rzecz **U..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą UNI-MAX U..... J....., Bartąg, ul. Tęczowy Las 2A lok. 70, 10-687 Olsztyn** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Gołdap (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Gołdap. 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 Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2014 r. pod nr 2014/S 043-071712.

W dniu 9 maja 2014 r. wykonawca U..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą UNI-MAX U..... J..... (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez J..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... (dalej: „Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B.....”), pomimo iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, a wykonawca podlegał wykluczeniu,
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... w sytuacji, gdy:
 - w Załączniku nr 12 do oferty zatytułowanym „Wykaz głównych usług wykonanych/wykonywanych (w przypadku świadczeń okresowych w lub ciągłych) przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” wykonawca wskazał nieprawdziwe informacje dotyczące masy odebranych odpadów komunalnych, które mają istotny wpływ na wynik postępowania,
 - wykonawca nie wykazał spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, ponieważ nie udokumentował, że wykonał lub wykonuje usługi odbierania odpadów komunalnych o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych co najmniej: 2000 Mg, za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, nie udokumentował również, że usługi wskazane w Załączniku nr 12 pod pozycją 5 i 6 były wykonane należycie,
 - wykonawca nie wykazał spełniania warunku dotyczącego posiadania uprawnień koniecznych do realizacji zamówienia, tj. wykonawca nie posiada wpisu do działalności

regulowanej w zakresie odbioru zużytych opon i odpadów budowlanych i rozbiórkowych,

- 3) zaniechaniu wezwania wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... do złożenia wyjaśnień pod kątem zastosowania w ofercie rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SIDMED M..... S..... (dalej: „SIDMED M..... S.....”) w sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem będąc zobowiązanym do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) dotyczących podmiotu, na którego potencjale polega, a który będzie brał udział w realizacji zamówienia, przedłożył oświadczenie Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia z datą 23 kwietnia 2014 r., zatem oświadczenie to zostało złożone po dniu składania ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w szczególności przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty J..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., pomimo że zawierała cenę rażąco niską,
- art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:

1. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z tytułu niespełnienia przez tego wykonawcę warunku w zakresie posiadania uprawnień koniecznych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Ze złożonego przez wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... zaświadczenia Burmistrza Gołdapi z dnia 2 kwietnia 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Gołdap w zakresie grupy 20 odpadów odwołujący wywiódł, że wykonawca ten nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbioru zużytych opon i odpadów budowlanych i rozbiórkowych wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział II Dział I pkt 1.3 ppkt 4) SIWZ). Odwołujący stwierdził, że wymienione

wyżej kategorii odpadów, jak wynika ze stanowiska Ministerstwa Środowiska (Kody odpadów komunalnych, jakie można wskazać we wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) nie mogą być sklasyfikowane w grupie 20, znaleźć się powinny w jako odpowiednie odpady z grupy 17 (dotyczy i odpadów budowlanych i rozbiórkowych), zaś zużyte opony powinny być klasyfikowane jako odpady o kodzie 16 01 03. Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził, że wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... nie posiada wymaganych uprawnień do realizacji zamówienia w pełnym zakresie.

2. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z tytułu nie wykazania spełniania warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, że wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... na potwierdzenie należytego wykonania wykazanych usług przedłożył referencje dotyczące usług wymienionych w Załączniku nr 12 w pozycjach od 1 do 4.

W zakresie usług wymienionych w pozycjach nr 5 i 6 Załącznika nr 12 wykonawca ten nie przedłożył żadnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług. Odwołujący wyraził przekonanie, że należytego wykonania usług nie potwierdzają dołączone do oferty faktury na utylizację odpadów w Przedsiębiorstwie Gospodarki Odpadami „Eko-MAZURY” Sp. z o.o. - z dokumentów tych wynika jedynie, że wykonawca zdał odpady komunalne na składowisko odpadów.

Odwołujący stwierdził, iż świadczenie usług z zakresu odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości składa się z następujących elementów:

- odebranie odpadów od właścicieli nieruchomości — prawidłowe wykonywanie tej części usługi polega na terminowym, zgodnym z harmonogramem opróżnianiu pojemników, nie dopuszczanie do ich przepełnienia, dokonywanie ich opróżniania w sposób nie prowadzących do ich uszkodzenia itd.,
- transport odpadów zebranych od właścicieli nieruchomości do składowiska odpadów — prawidłowe wykonywanie tej usługi polega na dostarczeniu odpadów do właściwego (najbliższego) składowiska, dokonywanie transportu odpowiednimi pojazdami, odpowiednie zabezpieczenie pojazdów,
- zdanie odpadów na składowisko.

Odwołujący podkreślił, że istotne jest, aby pełny zakres usługi odbioru odpadów wykonany

był należycie, bowiem wykazanie, iż do tej pory wykonawca wykonywał usługi prawidłowo daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący uznał, że niewystarczające jest wykazanie przez wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., iż część usług wymienionych w Załączniku nr 12 do oferty wykonał należycie. Odwołujący wskazał, że wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... nie przedłożył dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonywanie usług wymienionych w pozycjach 5 i 6 Załącznika nr 12 do oferty, bowiem nie jest w stanie wykazać, że realizował je należycie. Odwołujący wyjaśnił, że obecnie, na podstawie umowy z zamawiającym, jest podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z Gminy Gołdap i wielokrotnie otrzymywał informacje od mieszkańców Gminy, iż wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., który odbierał odpady komunalne z Gminy Gołdap przed dniem 1 lipca 2013 r., wykonywał usługę nienależycie.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, iż zrealizował usługi odbierania odpadów komunalnych w ilości co najmniej 2000 Mg. Odwołujący zauważył, że wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... nie złożył żadnego dokumentu potwierdzającego, że odebrał odpady w ilościach wskazanych w wykazie usług. Nie potwierdzają tego złożone referencje, ani faktury na utylizację odpadów. Odwołujący zwrócił uwagę, że pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r. zamawiający wystąpił do ww. wykonawcy o potwierdzenie wykonania usług odbioru odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 2000 Mg. W wykonaniu ww. wezwania wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... nie przedłożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, a jedynie wyjaśnił, że potwierdzeniem wykonania usług odbioru odpadów komunalnych o masie przekraczającej 2000 Mg są „kopie faktur za zdeponowanie odpadów”. Odwołujący podkreślił, że samo zdeponowanie odpadów komunalnych nie świadczy o wykonaniu usługi odbioru od właścicieli nieruchomości. W ocenie odwołującego, wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... nie mógł odebrać odpadów w deklarowanej ilości. Zdaniem odwołującego, jak wynika z załączonych przez ww. wykonawcę referencji, usługi wskazane w pozycjach od 2 do 4 wykazu świadczone były przez 1 rok, tj. od 1 lipca 2012 r. do 30 czerwca 2013 r., a suma odpadów deklarowanych przez wykonawcę to 3 430 ton. Odwołujący zauważył, że z danych przekazanych przez zamawiającego w SIWZ wynika, że z całej Gminy Gołdap w 2012 r. odebrano 2 330 ton, zaś w 2013 r. 3 543 ton. Nie jest zatem, zdaniem odwołującego, możliwe, aby wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... jedynie od podmiotów wskazanych w pozycjach od 1 do 4 wykazu odebrał w rok na przełomie

2012/2013 r. prawie 3 500 ton.

3. Zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawców Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... oraz SIDMED M..... S..... do złożenia wyjaśnień pod kątem zastosowania w ofercie rażąco niskiej ceny. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców z racji zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 969 832,26 PLN, zaś wybrany wykonawca zaoferował cenę 680 400,00 PLN brutto, co stanowi około 65% wartości szacunkowej zamówienia, drugi zaś wykonawca SIDMED M..... S..... zaoferował cenę 700 957,08 PLN brutto, co stanowi niespełna 70% wartości szacunkowej. W ocenie odwołującego, okoliczność ta jest wystarczająca, aby zamawiający powziął wątpliwości czy cena oferowana przez wykonawców nie jest ceną rażąco niską. Zdaniem odwołującego, zamawiający, w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, powinien zwrócić się do ww. wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie, w szczególności o przedłożenie kalkulacji. W przypadku ustalenia, że oferowana cena jest rażąco niska, zamawiający powinien odrzucić oferty wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

4. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwym, aby wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... odebrał odpady w ilości wskazywanej w Załączniku nr 12 do oferty, w tym zakresie zatem wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje.

5. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy SIDMED M..... S..... z tytułu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SIDMED M..... S..... wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polega na potencjale podmiotu trzeciego, tj. Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, wykonawca ten przedstawił „zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Jednocześnie, jak zauważył odwołujący, ww. wykonawca nie złożył dokumentów wymienionych w Rozdziale III ust. 3 pkt 4.1 SIWZ w odniesieniu do Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. W wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów

w przedmiotowym zakresie pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r. wykonawca SIDMED Michał Sidorowicz potwierdził, że ww. podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia poprzez „konsultacje i doradztwo w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia”, składając jednocześnie wymagane dokumenty. Odwołujący zaznaczył, że oświadczenie złożone w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nosi datę 23 kwietnia 2014 r., zatem złożone zostało po terminie składania ofert. Co za tym idzie, złożone oświadczenie nie potwierdza, że podmiot, na którego zasobach polegał wykonawca w dniu składania ofert, nie podlegał wykluczeniu. Mając na uwadze powyższe, w opinii odwołującego, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania. W wyniku zaniechania powyższego zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B.....,
- odrzucenia ofert wykonawców Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... i SIDMED M..... S.....,
- wykluczenia wykonawców Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... i SIDMED M..... S.....,
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł w dniu 12 maja 2014 r. wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... .

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z uwagi na nie wykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia. Izba ustaliła, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako odbiór (transport) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Gołdap (Rozdział II ust. 1 pkt 1.1 SIWZ). Ponadto, w Rozdziale II ust. 1 pkt 1.3 SIWZ zamawiający określił, iż na terenie Gminy Gołdap zbierane będą odpady komunalne z podziałem na niesegregowane, selektywne, popioły paleniskowe, zużyty sprzęt elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, budowlane i rozbiórkowe oraz zużyte opony – w ramach tzw. wystawek. W Rozdziale III ust. 2 pkt 1.1 zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Na potwierdzenie spełniania warunku zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo, w Rozdziale III ust. 3 pkt 4.6. SIWZ zamawiający postawił wymaganie, aby wykonawca złożył zaświadczenie o wpisie do prowadzonego przez Burmistrza Gołdapi rejestru działalności regulowanej w zakresie zbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że nie budzi wątpliwości, iż zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się posiadaniem uprawnień do odbioru odpadów komunalnych. Zamawiający nie postawił wymagania posiadania uprawnień w innym zakresie.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę definicję odpadów komunalnych zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.), zgodnie z którą przez odpady komunalne rozumie się odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego i przystępującego wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., iż przytoczona powyżej definicja obiera jako kryterium decydujące o klasyfikacji odpadów miejsce ich pochodzenia. Potwierdzenie powyższego stanowią przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206), gdzie w §2

stwierdza się, iż katalog odpadów dzieli odpady w zależności od źródła ich powstawania. Analogiczne postanowienie znajduje się również w §4 ww. rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu i dokumenty wymagane na potwierdzenie jego spełniania, ustawową definicję odpadów komunalnych, jak też przyjęte przez ustawodawcę kryterium klasyfikacji odpadów Izba stwierdziła, że odpady objęte przedmiotem zamówienia należy zaklasyfikować do grupy 20 wg rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów, która to grupa obejmuje odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. Przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia odpady komunalne w postaci odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych opon zaklasyfikować należy do kodu 20 03 99 jako odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że złożone przez wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... zaświadczenie Burmistrza Gołdapi z dnia 2 kwietnia 2012 r. o wpisie do rejestru działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Gołdap uprawniające do odbioru odpadów z grupy 20 czyni zadość wymaganiu zamawiającego zawartemu

w Rozdziale III ust. 3 pkt 4.6. SIWZ i uprawnia do realizacji zamówienia. Izba nie dopatrzyła się podstaw do wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z uwagi na nie wykazanie spełniania przedmiotowego warunku. Powyższemu nie może przeczyć przywołana przez odwołującego opinia Ministra Środowiska, jako że nie ma ona charakteru wiążącego. Brak jest możliwości nakładania na wykonawcę na etapie badania i oceny ofert obowiązków, które nie wynikają z postanowień SIWZ.

Na uwzględnienie zasługuje zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem należytych usług odbierania odpadów komunalnych o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych co najmniej 2 000 Mg, za okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (Rozdział III ust. 2 pkt 1.2 SIWZ). W Rozdziale III ust. 3 pkt 2.3. zamawiający ustanowił wymóg udokumentowania zrealizowania głównej usługi, przy czym zamawiający przewidział, że za usługę główną uzna usługę polegającą na odbiorze odpadów komunalnych. Zamawiający wymagał też złożenia

wykazu wykonanych/wykonywanych głównych usług ustanawiając jego wzór (Załącznik nr 12 do SIWZ).

Wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... złożył wykaz głównych usług wskazując w nim następujące usługi:

- Wywóz odpadów komunalnych dla Zespołu Zarządców Nieruchomości Oddział Giżycko w ilości 400 ton, data zakończenia usług – 30 czerwca 2013 r.,
- Wywóz odpadów komunalnych dla Rominckiej Spółdzielni Mieszkaniowej w ilości 270 ton, data zakończenia usług – 30 czerwca 2013 r.,
- Wywóz odpadów komunalnych dla Administracji Domów Mieszkalnych w ilości 1 160 ton, data zakończenia usług – 30 czerwca 2013 r.,
- Wywóz odpadów komunalnych dla Spółdzielni Mieszkaniowej w ilości 1 600 ton, data zakończenia usług – 30 czerwca 2013 r.,
- Wywóz odpadów komunalnych dla indywidualnych gospodarstw domowych na terenie miasta i gminy Gołdap w ilości 2 100 ton, data zakończenia usług – 30 czerwca 2013 r.,
- Wywóz odpadów komunalnych dla instytucji i przedsiębiorstw z terenu miasta i gminy Gołdap w ilości 2 700 ton, data zakończenia usług – usługi w trakcie wykonywania.

Na potwierdzenie wykonania ww. usług wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... złożył referencje wystawione przez Zespół Zarządców Nieruchomości Oddział Giżycko z dnia 8 kwietnia 2014 r., referencje wydane przez Romincką Spółdzielnię Mieszkaniową w Gołdapi z dnia 9 kwietnia 2014 r., referencje od Administracji Domów Mieszkalnych w Gołdapi Sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2014 r., referencje wydane przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Gołdapi z dnia 7 kwietnia 2014 r. oraz faktury od Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „EKO-MAZURY” Sp. z o.o. wystawione z tytułu przekazania odpadów komunalnych.

Przy rozpoznaniu przedmiotowego zarzutu Izba wzięła pod uwagę oświadczenie wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... złożone w piśmie z dnia 19 maja 2014 r., iż wykonawca ten popełnił omyłkę podając ilości odebranych odpadów w wykazie usług. Wobec takiego przyznania Izba stwierdziła, że niezbędne jest wezwanie wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... do złożenia wyjaśnień co do ilości odebranych odpadów oraz do uzupełnienia wykazu usług zawierającego oświadczenie o prawidłowych ilościach odebranych odpadów. Jednocześnie, Izba uznała, że treść postawionego warunku pozwala na zbiorcze ujęcie ilości odebranych odpadów.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, iż wykonawca zobowiązany jest złożyć potwierdzenie należytego wykonania wszystkich usług, które wskazał w wykazie usług. W ocenie Izby, w sytuacji, gdyby z wykazu usług wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... wynikało, że w ramach realizacji zamówień wskazanych w pozycjach od 1-4 wykazu odebrano odpady o masie potwierdzającej postawiony warunek, dokumenty przedstawione na potwierdzenie należytego wykonania tych usług należałoby uznać za wystarczające. Należy zaznaczyć, wbrew stanowisku odwołującego, że możliwe jest złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia co do części usług wskazanych w wykazie, o ile są one wystarczające do wykazania spełniania warunku.

W odniesieniu do twierdzenia odwołującego, iż załączone do wykazu usług przez wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... dokumenty nie potwierdzają ilości odebranych odpadów wskazanej w wykazie Izba stwierdziła, iż składane referencje należy czytać łącznie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w wykazie. To oświadczenie wykonawcy stanowi potwierdzenie spełniania warunku, zaś referencje mają na celu jedynie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia. Referencje pochodzą od podmiotu trzeciego nie biorącego udziału w postępowaniu, nie są wystawiane na użytek konkretnego postępowania, zatem oczekiwania co do ich treści są nieuzasadnione. Jednocześnie Izba uznała, że same faktury nie mogą stanowić dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Potwierdzają one jedynie realizację określonej usługi, brak w nich jednak jakiegokolwiek adnotacji o jej jakości.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że wobec przyznania przez wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B....., iż wskazane w wykazie usług ilości odpadów nie są prawidłowe, zachodzą podstawy do wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnień w przedmiotowej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i uzupełnienia wykazu usług zawierającego oświadczenie o odpowiedniej ilości odpadów, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwaniu temu na przeszkodzie nie stoi fakt, iż zamawiający wzywał już wykonawcę Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... do uzupełnienia dokumentów, bowiem wezwanie z dnia 18 kwietnia 2014 r. dotyczyło jedynie potwierdzenia w złożonych referencjach ilości odebranych odpadów.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania wezwania wykonawców Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... i SIDMED M..... S..... do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp. Wskazać należy, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do rażąco

niskiej ceny, za którą należy uznać cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny aktualizuje się jedynie w sytuacji, gdy zamawiający poweźmie podejrzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba zważyła, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen pozostałych ofert. Zasadność ewentualnego wezwania do złożenia wyjaśnień co do wysokości ceny czy odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku, którą obrazują złożone w danym postępowaniu oferty. Jednocześnie, niezasadne jest automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo).

W ocenie Izby, analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... i SIDMED M.....S..... do szacunkowej wartości zamówienia nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zasadne byłoby wszczęcie procedury wyjaśniającej. Wartość szacunkowa jest pewną prognozą zamawiającego, która może nie znaleźć odzwierciedlenia w cenach składanych w warunkach konkurencji. Z uwagi na okoliczność, że w przypadku każdego zamówienia wykonawcy konkurują ze sobą zaoferowaną ceną (w przypadku przedmiotowego zamówienia wyłącznie ceną) naturalne jest, że wartość szacunkowa zamówienia nie będzie odpowiadała najniższej zaoferowanej w postępowaniu cenie. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że dokonując analizy zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę nie tylko szacunkową wartość zamówienia, ale również złożone w danym postępowaniu oferty, które odzwierciedlają sytuację zaistniałą na danym rynku - ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia.

Izba ustaliła, że wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 969 832,26 PLN, co stanowi równowartość 229 551,53 euro.

W przedmiotowym postępowaniu zaoferowane zostały następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... – 680 400,00 PLN,
- SIDMED M..... S..... – 700 957,08 PLN,
- U..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą UNI-MAX U..... J..... – 866 351,38 PLN.

Izba uznała, że analiza cen zaproponowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, z których dwie były bardzo zbliżone, a wszystkie zaoferowane ceny były niższe od szacunkowej wartości zamówienia, prowadzi do wniosku, iż brak było podstaw do twierdzenia, że zaoferowana cena odbiega od realiów rynkowych i nie pozwoli wykonawcom na prawidłową realizację zamówienia. Nieuprawnione byłoby nakładanie na zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną lub w przypadku zaistnienia z góry określonej relacji arytmetycznej pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością zamówienia, czy cenami innych ofert. Zasadność wezwania powinna być analizowana każdorazowo, w zależności od przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na danym rynku.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji. Wykonawca Usługi Sprzętowo-Transportowe i Wywóz Nieczystości J..... B..... złożył oświadczenie, że popełnił omyłkę dokonując szacowania ilości odebranych odpadów, jednak zaznaczył też, że omyłka ta nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem ilość faktycznie odebranych odpadów przekraczałaby wartość wskazaną w warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia po stronie ww. wykonawcy świadomego działania mającego na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego w zamiarze uzyskania zamówienia.

Potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy SIDMED M..... S..... z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, iż w dniu 24 kwietnia 2014 r. wykonawca SIDMED M..... S..... w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z dnia 18 kwietnia 2014 r. przekazał zamawiającemu oświadczenie podmiotu trzeciego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. złożone w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp noszące datę 23 kwietnia 2014 r., tj. po terminie składania ofert. Zasadność przedmiotowego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem zamawiający w dniu 12 maja 2014 r. powtórzył czynność badania i oceny ofert i w jej wyniku wykluczył wykonawcę SIDMED M..... S..... z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: