

Sygn. akt: KIO 174/17

**WYROK
z dnia 8 lutego 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2017 r. przez wykonawcę (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. (...), E. w postępowaniu prowadzonym przez (...), z siedzibą w P. przy Placu (...)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowa, ul. (...), E. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka Komandytowa, ul. (...), E. tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Elblągu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: (...), z siedzibą w P. przy Placu (...) wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy P.. Numer referencyjny: (...).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...).

W dniu 16 stycznia 2017r. Zamawiający przesłał Odwołującemu: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. (...), E. drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 26 stycznia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego, których dopuścił się – jego zdaniem - w postępowaniu o udzielenie zamówienia - odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy P., polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. pomimo, iż zawiera ona cenę rażąco niską,

2) zaniechaniu pełnego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2016 r. o sygn. 1794/16 oraz Wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 21 grudnia 2016 r. sygn. 1 Ca 447/16, poprzez:

- zaniechanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zaniechanie szczegółowego wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp) czy baza magazynowo-transportowa (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. spełnia wymagania, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 1-4 w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a w szczególności zaniechaniu ustalenia czy z przedmiotowej bazy ścieki odprowadzane są na podstawie wymaganego pozwolenia wodno-prawnego,

3) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P., pomimo iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V SIWZ pkt 2.3 lit b) - nie posiada bazy magazynowo-transportową, spełniającej wymagania określone w Rozporządzeniu Rady Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013

r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, względnie (z ostrożności) zaniechaniu wezwania Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP, do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z Rozdziału V SIWZ pkt 2.3 lit b),

4) dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. pomimo, iż podlegał on wykluczeniu, a złożone przez niego oferta podlegała odrzuceniu, gdyż zawierała cenę rażąco niską,

5) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Dopuszczając się powyższych zaniedbań, Zamawiający – w ocenie Odwołującego - doprowadził do naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z Rozdziału V SIWZ pkt 2.3 lit b),

2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez wybranie oferty wykonawcy - (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P., zawierającą rażąco niską cenę,

3) art. 179, art. 182 ust. 2 art. 198f ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie pełnego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2016 r. o sygn. 1794/16 oraz Wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 21 grudnia 2016 r. sygn. I Ca 447/16.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. jako najkorzystniejszej, oraz

- odrzucenie oferty (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P.,

- wykluczenie z postępowania Wykonawcy - (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P.,

względnie

- wezwanie Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP, do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z Rozdziału V SIWZ pkt 2.3 lit b),
lub

- wezwanie Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy PZP, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części V pkt 2 ppkt 2.3. lit b SIWZ

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Dodatkowo, wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w sprawie dotyczącej tego samego zamówienia, zakończonej wyrokiem z dnia 10 października 2016 r. sygn. KIO 1794/16.

W swoim Odwołaniu zauważył, że zgodnie z informacją otrzymaną od Zamawiającego wartość zamówienia wynosiła 2.000.391,60 zł, co stanowi równowartość 517.478,96 euro, a ranking cenowy ofert przedstawiał się następująco:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena
1.	(...) spółka jawna, M.B. G.M., (...), E.	2.773.440, 00
2.	Konsorcjum: (...) Spółka z o. o. - lider; (...) O. Spółka z o. o. spółka komandytowa - partner, ul (...), E.	2.070.008, 00
3.	(...) Spółka z o. o., ul (...), P.	1.488.000, 00
4.	(...) Spółka z o. o. spółka komandytowa, ul. (...), E.	1.513.105, 92

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy (...) Spółka z o. o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał również, że wykonawca ten nie był również wzywany do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w dniu 16 września 2016 r. Zamawiający wybrał ofertę tego wykonawcy, jako najkorzystniejszą i poinformował pozostałych wykonawców o tym fakcie.

Odwołujący powołał się na okoliczność wcześniejszego wniesienia odwołanie od czynności Zamawiającego, gdzie po jego rozpoznaniu przy udziale przy udziale wykonawcy - (...) Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2016 r. uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy - (...) Sp. z o.o., na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części V pkt 2 ppkt 2.3. lit b SIWZ oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Wskazał, że z treści uzasadnienia wynika nie uwzględnienie przez Izbę:

- 1) zarzutu odwołania - zaniechania wezwania z art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a pkt 1) Pzp wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty (strona 12 uzasadnienia),
- 2) zarzutu odwołania - zaniechania wezwania (...) Sp. z o.o. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części V pkt 2 ppkt 2.3. lit b SIWZ, w zakresie posiadania pozwolenia

wodnoprawnego na odprowadzanie wód z bazy magazynowo-transportowej (tj. dla działek o nr: (...) i (...)), wymaganego na podstawie § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) w zw. z art. 122 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (strona 11 uzasadnienia).

Zwrócił również uwagę, że w skardze do Sądu Okręgowego w Odwołujący zaskarżył wyrok Izby w części oddalającej odwołanie.

Po rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Elblągu w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. uwzględnił skargę z dnia 31 października 2016 r. w całości i zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 w części oddalającej odwołanie i nakazał Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części V pkt 2 ppkt 2.3 lit. b SIWZ (uzasadnienie zapadłego wyroku nie było sporządzane).

Wyjaśnił, że Zamawiający w wykonaniu zapadłych wyroków, wezwał wykonawcę:

- 1) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny,
- 2) do wyjaśnienia oświadczenia dotyczącego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej i wymaganego jej wyposażenia.

Odwołujący zaznaczył, że w odpowiedzi na wezwanie ad 1 (...) Sp. z o.o. wskazało, iż zaproponowana cena stanowi „bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych” i powołał się na własne zaplecze techniczne, bliskość bazy magazynowo-transportowej, nowy tabor samochodowy i dołączył dokument nazwany „kalkulacją miesięczną wykonania usługi”, zaś w odpowiedzi na wezwanie ad 2 Wykonawca złożył pismo, w którym zapewnił, że:

- a) baza jest ogrodzona i posiada monitoring,
- b) nie są magazynowane odpady,
- c) posiada miejsce przeznaczone do parkowania dziewięciu samochodów typu śmieciarka. Podłoże asfaltowe z kratką ściekową połączoną z separatorem.

Do pisma wykonawca dołączył oświadczenie ws. bazy akt notarialny oraz umowę na mycie pojazdów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca (...) Spółka z o. o. zaproponował cenę za realizację zamówienia o 31,12 % niższą niż wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, a Zamawiający zgodnie z obowiązkiem wynikającym z Wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 21 grudnia 2016 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny złożonej przez niego oferty.

Nadto zauważył, że z chwilą wezwania w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień powstało domniemanie, iż cena jego jest rażąco niska, a ciężar obalenia tego domniemania spoczywał na wykonawcy (90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego podał ogólnikowo okoliczności, które mają mu pozwolić na osiągnięcie zysku, zaś w dokumencie nazwanym przez niego „kalkulacja kosztów” hasłowo nazwał poszczególne koszty, które przewiduje w trakcie realizacji zamówienia nie wyjaśniając ich oraz podał kwoty, z których trudno cokolwiek wywnioskować, a tym bardziej nie jest możliwe przekonanie się, iż realizacja zamówienia za zaproponowaną przez wykonawcę cenę pozwoli mu na osiągnięcie zysku.

Odwołujący wskazał, że „Kalkulacja kosztów”, przedłożona przez (...) Spółka z o. o. przedstawiała się następująco:

Płace pracowników (3 kierowców, 6 ładowaczy)	- 20.169,12zł,
ZUS pracodawca 20.81%	- 4.197.19 zł
Praca w szczególnych warunkach (ładowacze	- 162,43 zł
Zużycie oleju napędowego 4000 l	- 14.720,00 zł
Ubezpieczenie pojazdów OC, NW	- 760,08 zł
Koszt monitoringu GPS	- 267,00 zł
Mycie pojazdów, dezynfekcja	- 60,00 zł
Części zamienne. ocumienie	- 964,60 zł
Badania techniczne pojazdów	-131,25 zł
10. Koszty ogólne:	
a) Podatek od nieruchomości	- 237,00 zł
b) Podatek transportowy	- 55,00 zł
c) Koszty leasingu	-3.425,00 zł
d) Koszty administracji	- 4.512,00 zł
e) Koszty bhp (ubrania, szkolenia, badania lekarskie, posiłki	- 8(...),00
f) Koszty (centralnego ogrzewania, energii elektrycznej, czynszu)	- 539,00 zł
g) Odpis na ZFŚS	- 908,00 zł
h) Odpis PFRON	- 892,00 zł
11. Zysk 8,66%	- 4,573,74 zł

Odwołujący zakwestionował powyższe wyliczenia w całości, zarzucając w szczególności:

1) niejasność poszczególnych kosztów (nie jest wiadomym, co oznacza np. koszty administracji, koszt monitoringu GPS oraz brak uzasadnienia przyjętego założenia (np. w kwestii paliwa przyjęto 4000 l, bez stosownych wyjaśnień),

2) nieuzasadnione założenie, że do realizacji zamówienia wystarczą trzy pojazdy w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, iż Wykonawca powinien dysponować na potrzeby realizacji zamówienia 6 pojazdami (część V pkt 2.3 lit a SIWZ). W konsekwencji nieprawidłowość obejmuje – w ocenie Odwołującego - wszystkie koszty, które wiążą się z ilością pojazdów do obsługi zamówienia (tj. pozycje 1-9, 10 lit. b, c, e, g, h). Zatem będą one dwa razy większe niż założył Wykonawca w kalkulacji,

3) nieuzasadnione założenie, że do realizacji zamówienia wystarczy 3 kierowców i 6 ładowaczy. Nawet przyjmując założenie, że usługa będzie realizowana tylko trzema pojazdami przez 5 dni w tygodniu (od poniedziałku do piątku), to na przykładzie kierowców, zauważył, że pracownicy będą korzystać z urlopów (najczęściej 26 dni roboczych w roku co daje około 1,3 miesiąca kalendarzowego urlopu), w przypadku zatem 3 kierowców przez

około 4 miesiące w roku, któryś z kierowców będzie na urlopie, w konsekwencji, 4 miesiące w roku któryś z pojazdów nie będzie miał kierowcy.

Podobnie sytuacja kształtuje się w przypadku ładowaczy.

4) pominięcie niektórych kosztów np.:

- rozwiezienia przed sezonem i zwiezenia po sezonie pojemników na bioodpady (obowiązek wynika z pkt 2.6 OPZ),

- mycia pojemników na bioodpady (393 sztuki) dwa razy w ciągu roku (obowiązek wynika z pkt 2.6 OPZ),

- zakupu pojemników na popiół (300 sztuk) i ich rozstawienia (obowiązek wynika z 2.7 OPZ),

- ubezpieczenia AC przynajmniej dla pojazdów leasingowanych,

- naprawy pojazdów - robocizna;

5) nieprawidłową wysokość niektórych kosztów, np.:

- przyjęto wysokość podatku transportowego 55 zł miesięcznie, zaś zgodnie z Uchwałą NR (...) Rady Miejskiej w P. z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie określenia stawek podatku od środków transportowych na 2017 r. podatek od samochodu ciężarowego dwuosioowego o masie powyżej 15 ton (takim jest śmieciarka) wynosi 1712 zł rocznie (§1 ust. 2 pkt 1 lit d uchwały) co daje przy założeniu 3 pojazdów 5136 zł (tj. miesięcznie za trzy pojazdy - 428 zł), zaś przy przyjęciu zgodnie z SIWZ 6 pojazdów 856 zł miesięcznie,

- przyjęto - (...)25,00 zł miesięcznie za leasing, nie wyjaśniono ile pojazdów jest w leasingu, jednakże nawet przy założeniu, że są dwa pojazdy to kwota 1700 zł miesięcznie jest nierealna.

Niezależnie od powyższego, według Odwołującego - wykonawca nie udowodnił żadnej z pozycji swojej kalkulacji, zatem nie sprostał wymogom art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie aktywności dowodowej wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień.

W ramach uzasadnienia zarzutu zaniechania pełnego wykonania zapadłych w sprawie wyroków Odwołujący zauważył, że Zamawiający, pomimo wynikającego z wyroku KIO z dnia 10 października 2016 r. sygn. KIO 1794/16, obowiązku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie uczynił tego.

W dalszej kolejności zaznaczył, że w uzasadnieniu w/w wyroku (strona 9-12) Izba, na podstawie dowodów składanych przez Odwołującego na rozprawie powzięła wątpliwości, co do zgodności posiadanej przez (...) Spółka z o. o. bazy magazynowo-transportowej z przepisami Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 10 stycznia 2013 r. w sprawie

szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdział V SIWZ pkt 2.3 lit b).

Izba w szczególności miała wątpliwości czy:

- a) baza jest zabezpieczona przed wstępem osób nieupoważnionych,
- b) teren do parkowania pojazdów jest zabezpieczony przed emisją zanieczyszczeń do gruntu.

Zwrócił przy tym uwagę, że Izba w uzasadnieniu wyroku (str. 12) podsumowała, iż wyjaśnienie powyższych wątpliwości „nie może mieć li tylko charakteru formalnego i ograniczać się do powtórzenia oświadczeń, zawartych w treści oferty. Zamawiający zobowiązany jest szczegółowo wyjaśnić, czy sporna baza spełnia wymagania, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 1-4 powoływanego rozporządzenia”.

Zauważył, że Izba pominęła zarzut dotyczący, nieuzyskania dla bazy magazynowo - transportowej przez (...) Spółka z o. o. pozwolenia wodno-prawnego (uznając go za sformułowany dopiero na rozprawie).

Wskazał również, że Sąd Okręgowy w Elblągu w wyniku skargi złożonej przez Odwołującego nie podzielił tej argumentacji i stwierdził, że zarzut został postawiony już w odwołaniu i jest słuszny, a w konsekwencji wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinno dotyczyć również tej kwestii pominiętej przez KIO (pozwolenia wodno-prawnego).

W opinii Odwołującego powyższe znajduje potwierdzenie w sentencji wyroku zmieniającego wyrok KIO w części oddalającej odwołanie, uwzględniającego skargę w całości, bowiem brak punktu w sentencji wyroku o oddaleniu skargi choćby w części oraz treści zarzutów skargi.

Wskazał, że powyższe okoliczności wynikają również z przekazanych przez Sąd ustnych motywów rozstrzygnięcia, jednakże w związku z niesporządzeniem w niniejszej sprawie uzasadnienia wyroku nie jest możliwe poznanie pisemnych motywów rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Elblągu.

Mając na uwadze zaprezentowane okoliczności, zauważył, że do wskazanych przez KIO wątpliwości (powyżej a i b), które Zamawiający miałby wyjaśnić w trakcie ponownego badania i oceny ofert Sąd Okręgowy w Elblągu dołączył jeszcze kwestię dotyczącą posiadania dla przedmiotowej bazy magazynowo-transportową pozwolenia wodnoprawnego

na odprowadzanie wód.

Odwołujący wyjaśnił, że w wykonaniu wyroku KIO Zamawiający wezwał (...) Spółka z o. o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień czy na dzień składania ofert baza magazynowo-transportowa spełniania wymagania rozporządzenia, a w szczególności:

- czy teren bazy jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,
- czy miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są odpowiednio zabezpieczone,
- w jaki sposób jest realizowany obowiązek magazynowania selektywnie zebranych odpadów.

Z powyższego wynika, w ocenie Odwołującego, iż już w samym wezwaniu Zamawiający pominął kwestię posiadania dla przedmiotowej bazy magazynowo-transportowej pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzanie wód, którą powinien wyjaśnić zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Elblągu.

Na tym zdaniem Odwołującego polega nie wykonanie wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu przez Zamawiającego.

W kwestii niewykonania (w pełni) wyroku KIO, zauważył, że Zamawiający, wbrew treści uzasadnienia wyroku KIO, nie wyjaśnił szczegółowo czy sporna baza spełnia wymagania określone rozporządzeniem, a jego działania miały charakter wyłącznie formalny.

Zarzucił, że Zamawiający zadowolił się zapewnieniami (...) sp. z o.o., że baza spełnia wymagania, nie rozwiewając wątpliwości, które powzięła Izba rozpoznając odwołanie, jeśli chodzi o zgodność z przepisami rozporządzenia zlokalizowanego na bazie miejsca do parkowania pojazdów Izba szczegółowo przedstawiła swoje wątpliwości (strona 10 uzasadnienia), a Wykonawca ich nie rozwiął, poprzestał bowiem na stwierdzeniu „podłoże asfaltowe z kratką ściekową połączona separatorem”.

Podobnie rzecz się przedstawia z ogrodzeniem bazy, tu również wobec wątpliwości prezentowanych przez Izbę na stronie 9 uzasadnienia, Zamawiający poprzestał na oświadczeniu wykonawcy „teren zabezpieczony był w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym (ogrodzenie monitoring)”.

Według Odwołującego zaprezentowane okoliczności świadczą o niewykonaniu (w pełni) orzeczenia KIO wydanego w sprawie o sygn. 1794/16.

Odwołujący zgłosił również zarzut zaniechana wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, względnie do złożenia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które to zarzuty miały charakter ewentualny i postawione zostały z ostrożności.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aby potwierdził, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu wynikający z Rozdziału V SIWZ pkt 2.3 lit b).

Zdaniem Odwołującego wykonawca ten nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Na wypadek gdyby Izba inaczej oceniła stan faktyczny i prawny w niniejszej sprawie oraz uznała, że wezwania Zamawiającego z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp było zbyt ogólne, stwierdził, że aktualny staje się zarzut zaniechania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień oraz wniosek o nakazanie zamawiającemu wezwania Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w części V pkt 2 ppkt 2.3. lit b SIWZ.

Gdyby Izba uznała, że niewykazanie przez (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej) powinno skutkować wezwaniem tego wykonawcy do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp aktualny staje się – zdaniem Odwołującego - zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wniosek o wezwanie Wykonawcy (...) Spółka z o. o. z siedzibą w P. w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikającego z Rozdziału V SIWZ pkt 2.3 lit b).

Pismem z dnia 30 stycznia 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., zwane dalej (...).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej KIO 1794/16 i KIO 174/16, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty (...), odwołania, wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2017r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i odpowiedzi (...) na te wezwanie wraz z załącznikami z dnia 16 stycznia 2017r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2017r. oświadczenia dotyczącego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i odpowiedzi (...) na te wezwanie wraz z załącznikami z dnia 13 stycznia 2017r., zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 16 stycznia 2017r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lutego 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

W pierwszej kolejności Izba rozstrzygnęła sprawę w części odnoszącej się do ustalenia kręgu uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego uznając przystąpienie wykonawcy (...) za bezskuteczne z powodu braku udowodnienia przez niego przesłanki przesłania kopii przystąpienia Odwołującemu.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Dalej przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.22 ust.1, pkt. 2, art.24 ust.1 pkt. 12, art.26 ust.3 i ust.4, art.89 ust.1 pkt. 4, art.90 ust.3, art.179, art.182 ust.2, art.198f ust.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy (...) ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz z powodu złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem V pkt. 2.3. - Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że:

a) będzie posiadać lub dysponować sprzętem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, w ilości co najmniej: dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, pojazdu o małym tonażu przystosowanego do odbioru odpadów komunalnych, a także jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, spełniające wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. (dz. U. z 2013 r., poz 122).

b) będzie posiadać lub dysponować bazą magazynowo-transportową, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Rady Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. (dz. U. z 2013 r., poz 122).

c) będzie posiadać wiedzę i doświadczenie zawodowe umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia tj. zrealizował w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, przez łączny okres nie krótszy niż 24 miesiące, i o łącznej masie nie mniejszej niż 5,000 Mg.

Izba stwierdziła również, że w rozdziale VII - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia Zamawiający wskazał na:

1. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
2. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający poinstruował wykonawców, że zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy, oświadczenia, o których, mowa w pkt. 1 i 2, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy (...), zgodne z wzorem stanowiącym załącznik Nr 4 do SIWZ stanowiącym załącznik nr 2, do SIWZ.

Nadto Izba ustaliła, że wykonawca (...) złożył na str. 16 część 9) pkt V wraz z ofertą JEDZ oświadczenie: „Baza sprzętowo – transportowa. Baza zlokalizowana jest przy ul. (...). Spełnia wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013, poz. 122). (...) SP. z o.o. jest wieczystym użytkownikiem działki nr (...) stanowiącej własność Miasta i Gminy P. i właścicielem budynków stanowiących odrębną nieruchomość działka (...) Nr (...) (Akt notarialny Rep. (...) sporządzone przez Notariusza B.K. z Kancelarii Notarialnej w P.). Baza posiada zaplecze magazynowo – socjalne, wiatę, warsztat zapewniający drobne naprawy, kanał najazdowy dla samochodów, jest wyposażona w dystrybutor paliwa. Odwodnienie terenu zakończone jest kratką ściekową z separatorem i studnią chłonną. Teren bazy jest ogrodzony i utwardzony. Biuro spółki mieści się w chwili obecnej na ul. (...). Aktualnie na terenie bazy przy ul. (...) trwa modernizacja bazy i jest budowany budynek biurowy.”.

Analogicznie wykonawca (...) oświadczył w Załączniku nr 4 do SIWZ, pkt V, przedłożonym wraz z ofertą.

Rozpoznając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy (...) Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

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

Jednocześnie w myśl ust.1a cyt. wyżej ustawy Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

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

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

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy (...) należy przede wszystkim wskazać, że cena jego oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia i jest niższa o ponad 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa, o czym zresztą zdecydował Sąd Okręgowy w Elblągu w wyroku z dnia 21 grudnia 2016r., sygn. akt I Ca 447/17 i w tym zakresie należy uznać, że doszło do wykonania czynności nakazanych przez ten sąd.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek przedstawiając szczegółową kalkulację obejmującą wszystkie podstawowe koszty przedmiotowego zamówienia, która stanowi dowód poniesionych przez tego wykonawcę kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca nie ma obowiązku przedkładania wyceny poszczególnych czynności przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, chyba, że cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Ze stanowiska Zamawiającego wynika, że brak było po stronie Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie, co wypełnia przesłankę z art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutów Odwołującego wadliwego wyliczenia poszczególnych kosztów według zapatrywania Izby zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego powinien on przeprowadzić przeciwdowód odnoszący się do treści Kalkulacji kosztów, a dotyczący okoliczności określonych w pkt. 1 – 5 odwołania(strony 6 – 7).

Według Izby dowód z uchwały Rady Miejskiej w P. z dnia 25 listopada 2016r. może dowodzić jedynie wysokości mogącego powstać zobowiązania podatkowego wobec konkretnego pojazdu, natomiast nie przesądza bezpośrednio o koszcie wynikającym z przedmiotowej kalkulacji.

Izba uznała również, że wnioskowanie Odwołującego o obowiązku pracy 6 pojazdów w tym samym czasie jest nieuprawnione, bowiem taki obowiązek nie wynika ani z opisu przedmiotu zamówienia, ani ze wzoru umowy.

Wobec powyższego nie można wykluczyć, że koszt tego podatku został podzielony na inne zadania.

Wymaga również zauważenia, że (...) wykazując brak istnienia rażąco niskiej ceny wykazał istnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy (posiadanie własnej bazy magazynowo-transportowej w miejscu świadczenia, zatrudnienie mieszkańców Gminy Zamawiającego, posiadanie nowego parku samochodowego).

Nadto należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby z porównania złożonych ofert, Odwołującego i (...) wynika, że występująca różnica cenowa jest minimalna, a nie są drastyczna i wynosi około 1,16%.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana przez (...) cena nie stanowiła rażąco niskiej ceny, a zatem brak było przesłanek do odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty

Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez (...), a w szczególności dotyczy to przedstawionych zestawień ważeń, z których wynika ilość użytych pojazdów, jednak w warunkach wykonywania innych dodatkowych zamówień na wywóz popiołu, co wynika z wyjaśnień Zamawiającego.

Innymi słowy możliwości ofertowe Odwołującego, który w bardzo zbliżony sposób pod względem wartościowym oszacował własne koszty nie przesądzają o możliwościach ofertowych (...).

Jeżeli chodzi o wyjaśnienie (...) z dnia 13 stycznia 2017r. warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała treść tego wyjaśnienia za wykonanie wyroku KIO 1794/16 i wyroku Sądu Okręgowego.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że warunek określony w rozdziale V pkt. 3.2 SIWZ w jego dosłownym brzmieniu dotyczył warunku nałożonego na wykonawcę wykazania się, że będzie posiadać lub dysponować bazą magazynowo – transportową, tj; obowiązku na przyszłość, związanego raczej z zawarciem umowy.

W związku z tym należało przyjąć, że złożenie stosownych oświadczeń zarówno w załączniku nr 4, jak i w formularzu JEDZ czyniło zadość powyższemu warunkowi.

Wobec tego Zamawiający nie żądając w SIWZ takich dokumentów jak pozwolenie wodno-prawne, czy innych dokumentów weryfikujących spełnianie przez bazę wymogów związanych z przepisami prawa nie mógł ich również oczekiwać na potwierdzenie spełniania spornego warunku.

Dodatkowo, Izba zauważyła, że stosownie do § 2 ust. 4 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: oświadczenia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności produkcyjnych lub zdolności technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będą korzystać – w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje produkty lub usługi o złożonym charakterze, które mają zostać dostarczone, lub w szczególnie uzasadnionych przypadkach w odniesieniu do produktów lub usług o szczególnym przeznaczeniu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w ogóle takiej procedury kontrolnej nie przewidział, która pozwoliłaby na zbadanie w ramach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu

zdolności technicznej, w tym odnoszącej się do spełniania przez bazę magazynowo – transportową przedmiotowych warunków ustawowych.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....