

Sygn. akt: KIO 931/22

**WYROK
z dnia 25 kwietnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez Odwołującego – **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Legnica, Zarząd Dróg Miejskich**, ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica

przy udziale

Wykonawcy **Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Chocianowska 17b, 59-220 Legnica zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.335,50 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów Zamawiającego;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.335,50 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy na usługę utrzymania płyty rynku i ulic przyległych (nr postępowania: 2022/BZP 00037148/02/P), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2022 r., nr 00084096, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu, wniesione zostało 4 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (sygn. akt KIO 931/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę podejrzanie niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
2. art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji w/s wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny, a także wskutek nie uwzględnienia zapisów przepisów odrębnych zapewniających najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów środowiskowych;
3. art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od Eco Spring Sp. z o.o. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazana przez Eco Spring Sp. z o.o. oferta nie zawiera kalkulacji co do ustalenia ceny ofertowej);
4. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą w szczególności zawiera cenę podejrzanie niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
5. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
6. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7. art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;
8. art. 224 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od Eco Spring Sp. z o.o.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności w zakresie przygotowania dokumentacji z uwzględnieniem warunków środowiskowych, które są możliwe do spełnienia w postępowaniu, czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie odrzucenia oferty Eco Spring Sp. z o.o.

Uzasadnienie.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 28.03.2022 r. z ceną 346.800,00 zł brutto – oferta Eco Spring Sp. z o.o.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przewidział kwotę brutto 430.000,00 zł.

Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Odwołujący wskazał na różnicę ceny w obecnym postępowaniu w stosunku do pierwszej oferty Eco Spring Sp. z o.o. złożonej w postępowaniu unieważnionym przez Zamawiającego z uwagi na brak środków finansowych. Zaoferowana obecnie cena jest niższa zarówno od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jak i niższa o ponad 60% od ceny wskazanej we wcześniejszym postępowaniu (570.380,10 zł brutto).

Odwołujący zakwestionował możliwość wykonania usługi za zaoferowaną cenę, która w jego ocenie nie uwzględnia wielu istotnych czynników, a usługa świadczona byłaby poniżej jej rentowności (znacznie poniżej jej kosztów).

W dokumentacji brak jest dokumentu wskazującego na czynności zmierzające do ustalenia wartości rynkowej przedmiotowego zadania, na podstawie do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zaniechanie takich czynności wskazuje na naruszenie zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania zawartych w art. 16 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dochował również staranności przy weryfikacji wykazanego przez Eco spring Sp. z o.o. doświadczenia w zakresie usług świadczonych na jego rzecz w konsorcjum, co wymagało ustalenia faktycznego wkładu tego podmiotu w realizację powierzonych prac. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia swojego udziału w realizacji usług.

Eco Spring Sp. z o.o. złożyło wnioski o wykreślenie z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości po otrzymaniu

zawiadomienia od Gminy o planowanej kontroli pod kątem spełniania wymagań Rozporządzenia Ministra Klimatu z 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla magazynowania odpadów. Uniemożliwiło to przeprowadzenie kontroli obiektu przy ul. Chocianowickiej 17 w Legnicy. Obiekt ten nie był wcześniej poddany weryfikacji pod kątem tych przepisów. Ponadto, zachodzi wątpliwość czy Eco Spring ma prawo do użytkowania tego obiektu, gdyż prawdopodobnie nie jest właścicielem tej nieruchomości. Również w złożonej ofercie nie wykazał na jakiej zasadzie użytkuje ten obiekt i jakie z tego tytułu ponosi wydatki. Również zachodzi wątpliwość co do wymagań zawartych w 5.4 ppkt 5 ogłoszenia, a mianowicie dysponowania odpowiednimi urządzeniami, narzędziami i wyposażeniem zakładu, a zwłaszcza sprzętem z napędem ekologicznym, np. elektrycznym, hybrydowym, itp. Część tego sprzętu może być własnością innego przedsiębiorcy działającego w tym obiekcie, co niewątpliwie winno mieć wpływ na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia (wydatki na czynsz, najem lub dzierżawa).

Zgodnie z pkt 5.4 pkt 10 ogłoszenia, teren bazy winien spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Klimatu z 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla magazynowania odpadów (Dz.U. poz. 1742), aby można było tymczasowo magazynować odpady, zwłaszcza odpady komunalne o kodzie 20 03 03. Przed dokonaniem wyboru Zamawiający powinien sprawdzić, czy spełnione są wymagania ustawowe do wykonywania tych czynności, niezależnie od tego czy zostały zawarte w SWZ i w Ogłoszeniu.

Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie może uzyskać zamówienia z uwagi na wysokość ceny przekraczającą środki, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zadania. Wyliczona wartość szacunkowa zamówienia uwzględnia zmianę zakresu rzeczowego obecnego postępowania w stosunku do postępowania ozn. DP/08/2022, jak również postępującą inflację, wysokość cen zaoferowanych w pierwszym postępowaniu, co pozwoliło pozyskać dodatkowe środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w wysokości 430.000,00 zł.

Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy Eco Spring do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej.

Zarzuty sugerujące wadliwość przygotowania postępowania jako spóźnione również nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający uwzględnił konieczność przestrzegania przez wykonawcę, jako wytwarzającego odpady przepisów wynikających z ustawy z dnia 27.04.2001r. Prawo ochrony środowiska i ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach. Zamawiający wskazał na obowiązek posiadania wpisu w rejestrze Bazy Danych o Odpadach (BDO), w odpowiednim zakresie, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2021, poz. 779 ze zm.). Wybrany wykonawca figuruje w rejestrze BDO pod nr 000055196 i może samodzielnie oddawać odpady do instalacji komunalnych – Zamawiający nie wskazywał, że musi to być na terenie Legnicy i tym samym Wykonawca nie musi posiadać wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w Gminie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Eco Spring Sp. z o.o. i odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła aby zachodziły przesłanki do odrzucenia odwołania, jak również uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego jego rozpoznania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na *utrzymanie czystości płyty Rynku na terenie m. Legnicy w okresie 12 miesięcy.*

Obecne postępowanie jest kolejnym, które Zamawiający ogłosił po unieważnieniu postępowania z 1.03.2022 r. (nr DP/08/2022), w którym dwie złożone oferty przekraczały środki, jakie Zamawiający wówczas przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 350.000,00 zł brutto. Ogłaszając nowy przetarg Zamawiający zabezpieczył większe środki na sfinansowanie prac do 430.000,00 zł brutto.

W pierwszym postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy: Eco Spring sp. z o.o. (cena 570.380,10 zł brutto) oraz obecny Odwołujący – Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (cena 419.899,68 zł).

Ceny zaoferowane w nowym przetargu kształtują się na poziomie: 346.800,00 zł – Eco Spring Sp. z o.o. (28.900,00 zł/miesiąc) i 444.945,00 zł – LPGK Sp. z o.o. (37.078,75 zł/miesięcznie).

Porównanie ofert z obu postępowań wskazuje, że Eco Spring Sp. z o.o. obniżyło cenę do poziomu, który mieścił się w środkach, jakie Zamawiający przewidział w pierwszym postępowaniu, natomiast LPGK Sp. z o.o. zwiększyło cenę do poziomu, który również nie mieści się w środkach dodatkowo zabezpieczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

Na czas rozstrzygnięcia postępowania Zamawiający wystąpił do wykonawców z zapytaniem ofertowym na okres dwóch miesięcy świadczenia usługi, tj. do 31.05.2022 r., w odpowiedzi na które LPGK Sp. z o.o. złożyło ofertę na cenę 61.056,08 zł brutto (30.528,04 zł/miesiąc), a Eco Spring Sp. z o.o. zaoferowało cenę 57.396,54 zł brutto (28.698,27 zł/miesiąc).

Zamawiający dokonał wyboru oferty Eco Spring Sp. z o.o. i nie wzywał do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości ceny.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego, Eco spring Sp. z o.o. w wykazie wskazało dwie usługi, obie realizowane na rzecz Zamawiającego przez konsorcjum w składzie: Eco Spring Sp. z o.o. i P.W. Firma Handlowo-Uslugowa P.W. o wartości odpowiednio 228.852,00 zł i 1.678.058,13 zł. W ramach tego warunku Zamawiający wymagał wykazania realizacji min. jednego zadania w okresie co najmniej 12 miesięcy o wartości umownej co najmniej 150.000,00 zł brutto, obejmujących usługi polegające na oczyszczaniu miasta w mieście ponad 70 tysięcznym.

Zamawiający wymagał dostępu (lub posiadania) do bazy magazynowo transportowej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 11.01.2013 r. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do sprawdzenia bazy przed podpisaniem umowy. Teren bazy wykorzystywany do tymczasowego magazynowania odpadów musi spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla magazynowania odpadów (Dz. U. poz. 1742).

Eco Spring Sp. z o.o. w ofercie wskazało w wykazie sprzętu bazę magazynowo – transportową w miejscowości Legnica przy ul. Chocianowskiej 17, z jakiej korzysta na podstawie umowy najmu z 31.12.2015 r. zawartej z P.W. (Firma Handlowo-Uslugowa P.W.).

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie mając na uwadze zakres zarzutów, który wyznaczony zostaje nie tylko wskazaniem na naruszenie przepisu prawa, ale przede wszystkim okolicznościami faktycznymi, które miałyby wypełniać normę prawa, z której naruszeniem wiąże się złożony środek ochrony prawnej. Sposób prezentacji zarzutów w odwołaniu powodował pewną

niejasność co do ich podstaw faktycznych, jak i prawnych wskazanych w petitum odwołania i wymienionych w pkt 1-8. Również żądania odbiegały od uzasadnienia, w którym Odwołujący w zasadzie rozszerzał faktyczną i prawną podstawę odwołania o okoliczności dotyczące nie tylko weryfikacji ceny pod kątem rażąco niskiej, ale także weryfikacji podmiotowej podmiotu Eko Spring Sp. z o.o., w kontekście warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do wszystkich podniesionych w odwołaniu okoliczności Izba uznała, iż Odwołujący poza zasygnalizowaniem pewnych wątpliwości nie wykazał istnienia podstaw do zakwestionowania decyzji o wyborze oferty Eko Spring Sp. z o.o.

W szczególności należy zauważyć, iż nie mogły wpływać na wynik oceny tej oferty okoliczności, które wykraczały poza zakres warunków udziału w postępowaniu, a takim było stwierdzenie, że Eko Spring Sp. z o.o. nie posiada wpisu w Rejestrze Działalności Regulowanej. Próba wykazania zasadności rozszerzenia weryfikacji podmiotowej na kwestie dotyczące posiadania pozwolenia na tymczasowe magazynowanie odpadów komunalnych, niezależnie od tego czy taki wymóg został postawiony w swz i ogłoszeniu, nie mogła być skuteczna. Na etapie oceny ofert nie ma możliwości zmiany zasad weryfikacji zdolności wykonawców określonych w ogłoszeniu i swz, do czego dążył Odwołujący. Jednocześnie należy zauważyć, iż w odwołaniu nie sformułowano zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, wszelkie wnioski wywodzone w oparciu o okoliczności nie mające znaczenia z punktu widzenia brzmienia warunków udziału w postępowaniu, nie miały znaczenia dla oceny czynności Zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał podstaw faktycznych, które skłaniałyby do negatywnej oceny oferty wybranej.

Ekspozowaną najmocniej w odwołaniu była kwestia związana z ceną, jaką zaoferował Eko Spring Sp. z o.o., która w ocenie Odwołującego powinna uzasadniać wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czego Zamawiający zaniechał, a w dalszej konsekwencji uzasadniać odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy. Izba w tym zakresie uznała, iż Odwołujący nie wykazał istnienia obiektywnych podstaw do stwierdzenia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, okoliczności dotyczące cen, jakie oba podmioty prezentowały w kolejnych dwóch postępowaniach oraz w odpowiedzi na zapytanie ofertowe obejmujące okres dwóch miesięcy, skłaniają do wniosku, iż to Odwołujący prezentował cenę wykraczającą poza możliwości finansowe Zamawiającego, co nie mogło jeszcze uzasadniać tezy o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny przez podmiot konkurujący na rynku. Samo kryterium matematyczne, jak słusznie wskazał również w odwołaniu wykonawca, nie przesądza o wystąpieniu podstawy do odrzucenia oferty. W

ocenie Izby, prezentowane wyliczenia ceny skłaniają do odmiennych wniosków, niż formułowane w odwołaniu i oparte wyłącznie na gołosłownym stwierdzeniu nierentowności realizacji świadczenia za ceną wskazaną przez Eco Spring Sp. z o.o. Ponieważ różnica w cenie oferty najtańszej do wartości szacunkowej oraz średniej ceny nie wypełniała ustawowego wskaźnika zasadności podejrzenia rażąco niskiej ceny, a Odwołujący nie przedstawił innych, obiektywnych okoliczności, które mogłyby podważać wycenę świadczenia przez Eco Spring Sp. z o.o., Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny i dokonanie wyboru oferty Eco Spring Sp. z o.o.

Odnosząc się do dalszych argumentów Izba uznała, w odniesieniu do oceny doświadczenia Eco Spring Sp. z o.o., iż w odwołaniu jedynym argumentem wyznaczającym zakres zarzutu był brak weryfikacji doświadczenia tego podmiotu, jakie miał zdobyć przy wykonywaniu usług w konsorcjum. Odwołujący nie kwestionował przy tym samem wartości umów i ich zakresu. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby rzeczywisty udział tego podmiotu w konsorcjum był niewystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który pod względem wartości kontraktowej był dużo niższy, niż wartość każdej z dwóch umów. Ponieważ to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności zarzutów, brak właściwej i skutecznej inicjatywy dowodowej prowadzić do oddalenia w tym zakresie odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący nie podważył również prawdziwości oświadczenia Eco Spring Sp. z o.o. co do dostępności bazy magazynowo – transportowej, a kwestie związane z oceną techniczną zaplecza nie zostały w ogóle rozwinięte w odwołaniu, co również uniemożliwiało ustalenie, czy Zamawiający miał podstawy do zakwestionowania zgodności deklaracji wykonawcy. Należy jedynie zaznaczyć, iż sposób redakcji warunku pozostawiał pewną swobodę powiązaną z ustaleniem, czy odpady zbierane z terenu placu Rynku będą magazynowane na terenie tej bazy, czy też takiej potrzeby nie będzie w związku z bezpośrednim kierowaniem odpadów do RIPOK w Legnicy.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 zł. oraz koszty Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł (wynagrodzenie pełnomocnika) oraz 735,50 zł (koszty dojazdu) i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: