

Sygn. akt: KIO 1036/13, KIO 1045/13

WYROK

z dnia 15 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 maja 2013 r. przez wykonawcę **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** (sygn. akt KIO 1036/13),
 - B. dniu 2 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz **SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie** (sygn. akt KIO 1045/13)
-
- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz **SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 po stronie zamawiającego,
 - B. przy udziale wykonawcy **J..... Z.....**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **P.P.H.U. Lekaro, J..... Z..... w Woli Duckiej**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1036/13 oraz sygn. akt KIO 1045/13 po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Piaseczno z siedzibą w Piasecznie**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i III, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I i III z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w**

zakresie sytuacji ekonomicznej, o którym mowa w Części I, pkt 5.1., ppkt d), litera a) SIWZ,

2. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1045/13,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 obciąża **Miasto i Gminę Piaseczno z siedzibą w Piasecznie**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1045/13 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz **SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz **SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie** tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od **Miasta i Gminy Piaseczno z siedzibą w Piasecznie** na rzecz **Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 (t.j. 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

Zamawiający – Miasto Piaseczno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie gminy Piaseczno”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2013 r., nr 2013/S 032-050672.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę Jarper sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, zwanego dalej „odwołującym Jarper”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a także – w zakresie części I i III zamówienia - o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J..... Z....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro, J..... Z..... w Woli Duckiej.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie, zwanych dalej „odwołującym SITA”, w zakresie części I i II zamówienia, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J..... Z....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro, J..... Z..... w Woli Duckiej, zwaną dalej „przystępującym Lekaro”.

W dniu 2 maja 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Jarper i odwołujący SITA. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 1036/13, sygn. akt KIO 1045/13.

KIO 1036/13

Odwołujący Jarper wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności, polegającej na wezwaniu odwołującego Jarper do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i czynności wykluczenia go z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Lekaro, w zakresie części I i III przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Jarper zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego zapisami SIWZ zezwolenia na zbieranie odpadów z uwagi na przedstawienie decyzji, która nie miała waloru „prawomocności” i w związku z tym niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy decyzja załączona do oferty odwołującego potwierdzała spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia sprawozdania finansowego i błędne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do posiadania zdolności ekonomicznej,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Jarper wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i III,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym nakazanie wezwania odwołującego do uzupełnienia sprawozdania finansowego,
- 3) nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego w części I i III.

W uzasadnieniu odwołujący Jarper argumentował, że spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności określony przez zamawiającego w pkt 5.1 a SIWZ, składając decyzję Starosty Piaseczyńskiego nr 90/2013 z dnia 22.03.2013r., udzielającą odwołującemu zezwolenia na zbieranie odpadów. Twierdzenie zamawiającego, że ww. decyzja nie była na dzień składania ofert, tj. na dzień 25.03.2013 r., prawomocna nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.1 a SIWZ. Podniósł, że zamawiający nie określił w pkt 5. 1a SIWZ, iż wykonawcy mają się legitymować „prawomocną” decyzją, ale wskazał tam jedynie, że „wykonawca powinien posiadać aktualne zezwolenie na zbieranie i transport wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21).” Wywodził, że procedura administracyjna (kpa), nie zawiera instytucji prawomocności decyzji administracyjnej. Reguluje ona natomiast kwestie wykonalności decyzji i jej ostateczności rozumianej jako stan, w którym od decyzji nie przysługuje odwołanie. Wobec powyższego, dla oceny, czy złożona przez odwołującego decyzja uprawniała do prowadzenia działalności w niej określonej - na dzień składania ofert - niezbędne jest rozważenie zagadnienia jej wykonalności, jako decyzji nieostatecznej. Argumentował, że z treści decyzji z dnia 22.03.2013 r. wynika, że została ona wydana

uwzględniając wniosek strony - Jarper sp. z o.o., a zatem może być wykonywana także przed upływem terminu do wniesienia odwołania od niej. Zgodnie bowiem z art. 130 § 4 kpa (...) „decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, gdy jest zgodna z żądaniem wszystkich stron.” Odwołujący dysponował zatem uprawnieniem do wykonania działalności, do której odnosi się decyzja z dnia 22.03.2013 r. przed upływem terminu do wniesienia od niej odwołania, a co za tym idzie posiadał wymagane zapisami SIWZ uprawnienia. Przywołał poglądy orzecznictwa i doktryny w tym zakresie.

W dalszej części odwołania odwołujący Jarper zarzucił, że zamawiający był zobowiązany wezwać go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 5.1.d SIWZ, czego jednak zamawiający zaniechał. Wywodził, że redakcja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia zamawiającemu swobody w zakresie decyzji, co do sytuacji, w których powinien on wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Nie zaistniał żaden z wyjątków zwalniających zamawiającego z tego obowiązku, gdyż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, zaś postępowanie nie podlegało unieważnieniu. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego nie wskazał, by zachodziły podstawy do odrzucenia jego oferty. Dokonanie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty dowodzi zaś, że zamawiający nie widział także przesłanek do unieważnienia niniejszego postępowania. Przywołał poglądy orzecznictwa i doktryny w ww. zakresie.

Odwołujący Jarper wywodził także, że wobec daty terminu składania ofert przypadającej w 2013 r. - ostatnimi trzema latami obrotowymi dla odwołującego były odpowiednio: 2010, 2011, 2012. Na okoliczność spełnienia tego warunku odwołujący powinien więc przedłożyć także sprawozdanie finansowe za rok 2012, czego nie uczynił. W tej sytuacji zamawiający winien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia tego dokumentu. Wywodził, iż na dzień składania ofert dysponował sprawozdaniem finansowym za rok 2012, które zostało zatwierdzone przez profesjonalistę uprawnionego do prowadzenia ksiąg rachunkowych i podpisane przez Zarząd Spółki odwołującego. Obowiązek złożenia sprawozdania w Krajowym Rejestrze Sądowym i Urzędzie Skarbowym, nie ma wpływu na ocenę „ważności”, wiarygodności, czy rzetelności sprawozdania, które zostało sporządzone przez profesjonalistę i zatwierdzone przez przedsiębiorcę, którego dotyczy. Dla wykazania spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu nie jest bowiem konieczne - w świetle przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów - przedłożenie sprawozdania „złożonego w KRS, czy w Urzędzie Skarbowym”, ale sprawozdania, które w sposób realny i wiarygodny obrazuje obroty odwołującego

W związku z powyższym odwołujący Jarper wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

KIO 1045/13

Odwołujący SITA wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, w części I i II przedmiotu zamówienia, oferty złożonej przez przystępującego Lekaro,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Lekaro w części I i II przedmiotu zamówienia.

Odwołujący SITA zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania, pomimo iż przystępujący Lekaro nie udzielił na żądanie zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, w zakresie oferty na część I i II przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania, pomimo iż złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez przystępującego Lekaro cena na część I i II przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską.

Odwołujący SITA wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru i oceny oferty złożonej przez przystępującego Lekaro na część I i II przedmiotu zamówienia,
- 2) powtórzenia oceny ofert i odrzucenie oferty przystępującego Lekaro złożonej w części I i II przedmiotu zamówienia, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący SITA argumentował, iż pismo przystępującego Lekaro z 12 kwietnia 2013 r., złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być uznane za wyjaśnienia w rozumieniu tego przepisu. Pismo to nie zawiera żadnych elementów, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto ma ogólny charakter, wręcz uniwersalny, możliwy do zastosowania praktycznie we wszystkich innych podobnych postępowaniach i to przez jakiegokolwiek wykonawcę.

Odwołujący SITA podniósł również, że o rażąco niskiej cenie można mówić już choćby po porównaniu ceny zaoferowanej przez przystępującego Lekaro do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, które są niższe odpowiednio o ok. 51% i 50% od kwot, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację części I i części II zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący dokonał porównania cen zaoferowanych przez przystępującego Lekaro do cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Zastrzegł, że

dokonując tego porównania nie uwzględnia ofert odrzuconych, ani ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych, tj. Jarper sp. z o.o. i MPK sp. z o.o., które, jego zdaniem, też mają charakter rażąco niskich. Wywodził, że odnośnie części I przedmiotu zamówienia kolejna cena w rankingu ofert jest o ok. 35 % wyższa od ceny zaoferowanej przez przystępującego Lekaro, a następna cena wykonawcy droższa jest o ok. 55%. Odnośnie części II przedmiotu zamówienia kolejna (tj. druga) cena w rankingu ofert jest o ok. 30 % wyższa od ceny zaoferowanej przez przystępującego Lekaro na część II przedmiotu zamówienia. Wywodził, że praktycznie wszyscy wykonawcy muszą ponieść takie same koszty świadczenia tych usług (np. koszty pracy pracowników, koszty paliwa, koszty zagospodarowania odpadów, itp.).

Odwołujący SITA, odnosząc się do wyjaśnień przystępującego Lekaro podniósł, że koszt pojemników w ogóle nie występuje, gdyż zgodnie z warunkami postępowania określonymi w SIWZ to właściciel danej posesji musi wyposażyć się w pojemnik.

Wywodził, że niezasadnym było powoływanie się na efekt skali, dzięki któremu można uzyskiwać znaczne upusty cenowe przy nabywaniu między innymi części zamiennych, paliw, samochodów, co też w efekcie wpływa na mniejsze koszty amortyzacji. Argument ten jest nietrafny, albowiem w postępowaniu złożyli oferty wykonawcy prowadzący działalność w większym niż przystępujący Lekaro rozmiarze. Szczególnie SITA Polska sp. z o.o. i Remondis sp. z o.o. to dwa podmioty, które należą do dwóch największych w Polsce grup kapitałowych, działających w branży komunalnej.

Co do kosztów paliwa odwołujący SITA wywodził, że baza sprzętowa przystępującego Lekaro i instalacja RIPOK znajdują się w tym samym miejscu tj. w Woli Duckiej. Wola Ducka jest oddalona od Piaseczna o 47,2 km. Tym samym każdy kurs (Wola Ducka - Piaseczno - Wola Ducka) to co najmniej 94,4 km. Odwołujący SITA wywodził, że korzystać będzie z bazy SITA Polska sp. z o.o. i bazy SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. Baza SITA Polska sp. z o.o. położona jest w Warszawie przy ul. Zawodzie, a instalacja RIPOK (należąca do Remondis sp. z o.o.), z której będzie korzystać SITA, położona jest również w Warszawie przy ul. Zawodzie. W konsekwencji odległości jakie muszą pokonać samochody odwołującego SITA wynoszą 15 km pomiędzy bazą SITA Polska sp. z o.o., a Piasecznem, 15 km pomiędzy Piasecznem, a RIPOKiem i 0 km pomiędzy RIPOKiem, a bazą SITA Polska sp. z o.o. Zatem w sumie jeden kurs to 30 km. To jest ponad trzykrotnie krótszy kurs od kursu dla przystępującego Lekaro. Zatem koszty paliwa ponoszone przez odwołującego SITA będą o ok. 70% niższe.

Odwołujący SITA podniósł również, że przedmiot niniejszego zamówienia wykonywany będzie nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r., a od tego samego dnia gminy przejmują obowiązki odbierania odpadów, co oznacza, że przestają obowiązywać umowy

indywidualne. Tym samym owego efektu skali w ogóle nie będzie, bo umowy, na które powołuje się przystępujący Lekaro nie będą obowiązywać.

Wywodził, że przystępujący Lekaro w swych wyjaśnieniach nie wyjaśnił poziomu kosztu zagospodarowania/utylizacji odpadów i jego wpływu na koszt całości usługi. Odwołujący SITA wyjaśnił, że aktualnie ceny za przyjęcie przez RIPOK należącego do przystępującego Lekaro 1 tony odpadów o kodzie 20 03 01 wynosi ok. 300 zł netto. Wprawdzie przystępujący Lekaro prowadząc instalację RIPOK osiąga z tego tytułu jakiś zysk, który pozwala mu na obniżenie kosztu zagospodarowania/utylizacji odpadów na potrzeby zamówienia. Jednakże marża/zysk Lekaro wynosi 25 zł na tonie odpadów. W konsekwencji nawet dla przystępującego Lekaro koszt zagospodarowania 1 tony odpadów wynosi co najmniej 275 zł netto. Jak wynika z danych zawartych w WPGO jeden mieszkaniec wytwarza rocznie ok. 340 kg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, czyli 28,33 kg miesięcznie. Zatem przy koszcie zagospodarowania odpadu na poziomie 275 zł netto za tonę, koszt zagospodarowania 28,33 kg wynosi 7,79 zł ($275 \text{ zł} \times 2,833 \% = 7,79 \text{ zł}$). Tymczasem dla części I przedmiotu zamówienia cena zaoferowana przez przystępującego Lekaro w przeliczeniu na 1 mieszkańca wynosi 7,78 zł netto, a dla części II wynosi 7,88 zł. W konsekwencji przystępujący Lekaro na wszystkie inne koszty niż koszty zagospodarowania odpadów (np. paliwa, wynagrodzeń pracowników, bazy, napraw i konserwacji sprzętu, amortyzacja i inne) na cały okres realizacji umowy pozostaje: w przypadku części I zadania 5.729,10 zł, w przypadku części II zadania 33.714,90 zł. Nie pozwala to nawet na pokrycie kosztu jednego etatu pracownika zarabiającego najniższe miesięczne wynagrodzenie.

Niezasadnym jest także powoływanie się przystępującego na ceny za jakie świadczy usługi na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Jedność w Piasecznie, gdyż wykonawca próbuje porównać nieporównywalne usługi.

W związku z powyższym odwołujący SITA wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1036/13 oraz KIO 1045/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca J..... Z....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. Lekaro, J..... Z..... w Woli Duckiej. Wniosła o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1036/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz SITA PUK Piaseczno sp. z o.o. w Piasecznie. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie obu odwołań. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Przystępujący Lekaro w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie obu odwołań. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Przystępujący SITA w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego Jarper, ofertę złożoną przez przystępującego Lekaro, wyjaśnienia przystępującego Lekaro co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z 12 kwietnia 2013 r., zawiadomienia zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z 24 kwietnia 2013 r., odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, pisma procesowe przystępującego Lekaro, pismo procesowe odwołującego SITA, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszych spraw odwoławczych mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na

podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku zamawiającego, przedstawionym w odpowiedziach na odwołania, żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z powodu nieprzekazania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

Izba ustaliła, że obaj odwołujący przesłali skutecznie zamawiającemu kopię odwołania faksem w dniu 2 maja 2013 r., który był dniem wolnym od pracy u zamawiającego. Zaś termin na wniesienie obu odwołań upływał w dniu 4 maja 2013 r. Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami, natomiast strony różniły się w jego ocenie.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołań w dniu 2 maja 2013 r. nastąpiło przed upływem terminu do wniesienia odwołania, który upływał 4 maja 2013 r. o g. 24.00 (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp). Okoliczność iż nastąpiło to w dniu, który nie był dniem pracy zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia domniemania, iż zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanych odwołań. Niewątpliwie potencjalna możliwość przeczytania przesłanych faksów istniała zarówno dnia 2 maja 2013 r., jak i 3 oraz 4 maja 2013 r. Znajdowały się one bowiem wtedy w siedzibie zamawiającego. Fakt, że zamawiający zapoznał się z treścią odwołań dopiero 6 maja 2013 r., gdy jego pracownicy stawili się do pracy, nie miał żadnego znaczenia z punktu widzenia analizowanego przepisu. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby bowiem wykazania, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołań do 4 maja 2013 r., do g. 24.00 (np. przesłany faks był nieczytelny wskutek zaniedbań po stronie odwołującego), a takiego dowodu zamawiający nie przeprowadził.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, wobec czego na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 4 maja 2013 r. stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu w dniu 2 maja 2013 r. faksem kopii odwołań, oznacza, że obaj odwołujący dopełnił obowiązku

wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia żadnego z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołującego SITA w sprawie o sygn. akt KIO 1045/13 Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta została, w części I i II sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 został on wykluczony z postępowania, czego efektem było uznanie jego oferty za odrzuconej w części I i III zamówienia, w których to częściach była ona ofertą najtańszą. Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być uzyskanie zamówienia w części I i III. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie złożone w sprawie o sygn. akt KIO 1045/13 nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO 1036/13

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez błędne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego postanowieniami SIWZ zezwolenia na zbieranie odpadów z uwagi na przedstawienie decyzji, która nie miała waloru „prawomocności”

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła co następuje.

W części I SIWZ, w pkt 5.1. a) zamawiający na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przedstawił opis, w jaki sposób dokonywać będzie oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez wykonawcę wymaganych przez przepisy prawa uprawnień niezbędnych do wykonywania działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia. Wskazał, że wykonawca powinien posiadać aktualne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21).

W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć zezwolenia na zbieranie i transport odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21) (część I SIWZ, pkt 5.2, ppkt 2).

Termin składania ofert upływał w dniu 25 marca 2013 r.

Do upływu terminu składania ofert, ofertę złożył m.in. odwołujący Jarper. Załączył on do oferty m.in. decyzję Starosty Piaseczyńskiego nr 90/2013 z 22 marca 2013 r., wydaną na podstawie art. 42 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 25 ust. 3 i art. 41 ust. 3 pkt 2 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz art. 104 kpa, mocą której, po rozpatrzeniu wniosku odwołującego Jarper, organ ten udziela wnioskodawcy zezwolenia na zbieranie odpadów. Z uzasadnienia decyzji wynika, że została ona wydana w odpowiedzi na wniosek odwołującego Jarper z 15 marca 2013 r., z późniejszymi wyjaśnieniami. W decyzji znalazło się pouczenie, że od decyzji służy stronie odwołanie do SKO w Warszawie, za pośrednictwem organu I instancji, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji. Z treści decyzji wynika również, że podlega ona doręczeniu wyłącznie wnioskodawcy - odwołującemu Jarper. Odpis decyzji do wiadomości otrzymali również Wójt Gminy Lesznowola, Marszałek Województwa Mazowieckiego, Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2013 r. wykluczył odwołującego Jarper z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swego rozstrzygnięcia wskazał, że odwołujący Jarper nie wykazał warunku udziału w

postępowaniu określonego w pkt 5.1.a SIWZ, gdyż załączona do oferty ww. decyzja nie była „prawomocna” na dzień upływu terminu składania ofert, tj. na 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że złożona przez odwołującego Jarper decyzja nr 90/2013 z 22 marca 2013 r. nie była decyzją ostateczną na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 25 marca 2013 r. Zgodzić należy się z odwołującym, że ocena ustalonego stanu faktycznego dokonana przez zamawiającego nie była prawidłowa.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że wykonawca winien posiadać „aktualne” zezwolenie na zbieranie i transport odpadów wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21). W ocenie Izby „aktualne” zezwolenie na zbieranie odpadów to takie, w oparciu o które wykonawca może prowadzić działalność gospodarczą, poddaną reglamentacji. Nie można bowiem abstrahować od celu w jakim zamawiający żądał ww. dokumentu. Dokonany przez zamawiającego na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opis sposobu interpretacji dotyczył wszak warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Celem składania przez wykonawcę ww. dokumentu nie było zatem jedynie wejście zamawiającego w jego posiadanie, ale zweryfikowanie czy wykonawca jest uprawniony do wykonywania reglamentowanej działalności gospodarczej. Zatem zasadniczym pytaniem, na jakie winien udzielić odpowiedzieć sobie zamawiający, któremu złożono nieostateczną decyzję administracyjną było to, czy w oparciu o złożone zezwolenie wykonawca może wykonywać działalność, czy też nie. Odpowiedź w tym zakresie wymagała analizy właściwych przepisów zarówno procesowego i materialnego prawa administracyjnego.

Zgodzić należy się z zamawiającym, że z art. 130 § 1 kpa wynika zasada niewykonalności (niewykonywania) decyzji przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Jednakże zasada ta nie jest absolutna i doznaje wyjątków. Jeden z nich wynika z art. 130 § 4 kpa, zgodnie z którym decyzja nieostateczna jest wykonalna, jeżeli jest zgodna z żądaniem wszystkich stron (art. 130 § 4 kpa).

W doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że Nie nasuwa wątpliwości sytuacja, gdy w sprawie występuje tylko jedna strona postępowania, a decyzja realizuje w pełni jej żądanie. W razie wielości stron dobrowolne wykonanie decyzji nieostatecznej uzależnione jest od zaistnienia warunku zgodności decyzji z żądaniem wszystkich stron. W istocie wymaga to tożsamości interesów reprezentowanych przez strony postępowania; co najwyżej można by rozważać przypadek neutralności interesów poszczególnych stron

postępowania względem siebie. (por. Grzegorz Łaszczyca, Komentarz do art.130 Kodeksu postępowania administracyjnego, Lex). *Z przepisu tego wynika, że chodzi tu o przede wszystkim o decyzje uwzględniające w całości wniosek strony lub większej liczby stron mających wspólne i niesprzeczne interesy, ewentualnie uwzględniające wniosek jednej lub kilku ze stron, przy aprobacie żądania przez pozostałe strony.* (por. Agnieszka Krawczyk, Wykonalność nieostatecznych aktów jurysdykcji administracyjnej, [w:] Wykonalność aktu i czynności organu administracji publicznej, Lex).

Analiza decyzji administracyjnej z dnia 22 marca 2013 r. prowadziła do jednoznacznego wniosku, że była ona zgodna z żądaniem jedynej strony tego postępowania administracyjnego, jaką był odwołujący Jarper. O tym, że wyłącznie wnioskodawca był stroną postępowania administracyjnego świadczyła treść samej decyzji, która została skierowana wyłącznie do odwołującego Jarper (pkt 1 rozdzielnika). O takiej naturze ww. postępowania administracyjnego świadczą także wprost przepisy ustawy o odpadach, które wyłączają możliwość zastosowania art. 31 kpa (wstąpienia do postępowania organizacji społecznej), jak również przesadzają, że za strony nie uznaje się właścicieli nieruchomości sąsiednich. Stosownie bowiem do przepisu art. 170 ust. 1 ustawy o odpadach *Do postępowań w sprawach zezwolenia na zbieranie odpadów (...) nie stosuje się art. 31 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego.* Z ust. 2 przywoływanego przepisu wynika zaś, że *stronami postępowań, o których mowa w ust. 1, nie są właściciele nieruchomości sąsiadujących z instalacją lub nieruchomością, na której będzie prowadzone zbieranie odpadów (...).* Przedstawiony pogląd znajduje również odzwierciedlenie w zachowującym aktualność orzecznictwie sądów administracyjnych. Przykładowo w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 3 lipca 2008 r., wydanym w sprawie o sygn. akt II SA/Bk 836/07, Sąd ten stwierdził, że *Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów wydawane w oparciu o art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 261) nie nakłada żadnych obowiązków ani nie przydaje jakichkolwiek uprawnień żadnemu innemu podmiotowi, poza wnioskodawcą. Zezwolenie to bez wątplenia jest rozstrzygnięciem dotyczącym praw podmiotowych osoby wnioskującej o jego wydanie.*

Powyższe ustaleniu nie stoi na przeszkodzie to, że – jak wynika z pkt 2 rozdzielnika decyzji – decyzja administracyjna została przekazana do wiadomości innym podmiotom (Wójt Gminy Lesznówola, Marszałek Województwa Mazowieckiego, Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska). Podmioty, którym decyzję się doręcza, a zatem które są stronami, wymieniono w pkt 1 i był to wyłącznie odwołujący Jarper. Przekazanie decyzji do wiadomości innym podmiotom nie oznacza, że adresaci ci są stronami. W ocenie Izby było to zwykłe wypełnienie przez organ I instancji obowiązku z art. 238 ust. 6 ustawy o odpadach, zgodnie z którym *kopię wydanego zezwolenia na zbieranie*

lub przetwarzanie odpadów odpowiednio marszałek województwa lub starosta przekazuje wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska oraz wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta, właściwym ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów.

Reasumując, skoro zatem stroną postępowania administracyjnego był wyłącznie odwołujący Jarper, a decyzja została wydana zgodnie z jego żądaniem, to znajdował zastosowanie przepis art. 130 § 4 kpa. Decyzja organu I instancji z 22 marca 2013 r. była wykonalna i w oparciu o nią odwołujący Jarper – w dacie upływu terminu składania ofert tj. 25 marca 2013 r. - był uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie zbierania odpadów, czym wykazał spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. A zatem rozstrzygnięcie zamawiającego, który doszedł do przeciwnego wniosku, nie było prawidłowe i naruszało przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego Jarper do uzupełnienia sprawozdania finansowego i błędne uznanie, że odwołujący Jarper nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zdolności ekonomicznej

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W części I SIWZ, w pkt 5.1. d) zamawiający na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przedstawił opis, w jaki sposób dokonywać będzie oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej. Wskazał, że *wykonawca winien posiadać za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, średnie roczne przychody netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż:*

– dla Części 1 (Sektor I – Zachodni): 4 500 000 PLN (słownie: cztery miliony pięćset tysięcy 00/100 złotych),

– dla Części 2 (Sektor II – Wschodni): 3 000 000 PLN (słownie: trzy miliony 00/100 złotych),

– dla Części 3 (Sektor III – Północny): 9 500 000 PLN (słownie: dziewięć milionów pięćset tysięcy 00/100 złotych).

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, Wykonawca winien posiadać za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności

jest krótszy – w tym okresie, średnie roczne przychody netto (bez podatku VAT) ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż suma w/w kwot dla tych części.

W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć części sprawozdania finansowego, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanej części sprawozdania, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (część I, pkt 5.2. ppkt 3 SIWZ).

W trakcie postępowania jeden z wykonawców złożył wniosek o wyjaśnienie treści części I pkt 5.2., ppkt 3 SIWZ o następującej treści: *Prosimy o doprecyzowanie za które lata należy złożyć sprawozdanie. Czy załączenie sprawozdań za lata 2011, 2010, 2009 będzie potwierdzało spełnianie warunków udziału w postępowaniu?* W odpowiedzi na tak sformułowany wniosek zamawiający w dniu 28 lutego 2013 r. udzielił odpowiedzi: *Załączenie sprawozdań za lata 2011, 2010, 2009 będzie potwierdzało spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*

Termin składania ofert upływał w dniu 25 marca 2013 r. Do upływu terminu składania ofert, ofertę na część I i III złożył m.in. odwołujący Jarper. Złożył wraz z ofertą sprawozdania finansowe za lata 2009, 2010, 2011, z których wynika, że jego przychód ze sprzedaży wyniósł: w 2009 r. – 13.087.622,11 zł, w 2010 r. – 14.204.482,12 zł, w 2011 r. – 14.035.257,53 zł.

W rozstrzygnięciu postępowania z dnia 24 kwietnia 2013 r. zamawiający wykluczył odwołującego Jarper z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wywiódł, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.d. SIWZ, gdyż z załączonych do oferty sprawozdań finansowych wynika, że średnie roczne obroty netto firmy ze sprzedaży za 3 ostatnie lata obrotowe wynoszą 13.775.820,59 zł. Ponieważ wykonawca złożył ofertę na I i III część zamówienia, średnie roczne obroty netto za 3 ostatnie lata obrotowe winny wynosić 14 mln zł.

Zamawiający nie kierował do odwołującego Jarper wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1. d SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Rozstrzygnięcie zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego Jarper z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp było przedwcześnie, gdyż nie zostało poprzedzone procedurą sanacyjną, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż oba wskazane wyjątki od zasady wzywania nie znajdują zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Nie zachodzą bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania, zaś oferta odwołującego w sytuacji uzupełnienia wymaganych dokumentów nie będzie podlegała odrzuceniu.

Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednolicie przyjmuje się, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe poglądy wywodzi się z wniosku a maiori ad minus. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09;

KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09).

Zamawiający wymagał złożenia sprawozdania finansowego za trzy ostatnie lata obrotowe. Pojęcie „trzy ostatnie lata obrotowe” należy rozpatrywać z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów o rachunkowości. Zakres, sposób oraz terminy sporządzania sprawozdania finansowego a także jego badania przez biegłego rewidenta reguluje ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.09.152.1223 z późn. zm.). Ustawa ta w art. 3 ust. 1 pkt 8 stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o okresie sprawozdawczym - rozumie się przez to okres, za który sporządza się sprawozdanie finansowe w trybie przewidzianym ustawą lub inne sprawozdania sporządzone na podstawie ksiąg rachunkowych; zaś w ust. 1 pkt 9 tego przepisu definiuje rok obrotowy, jako rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmiany określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. Jeżeli jednostka rozpoczęła działalność w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego, to można księgi rachunkowe i sprawozdanie finansowe za ten okres połączyć z księgami rachunkowymi i sprawozdaniem finansowym za rok następny. W przypadku zmiany roku obrotowego pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy. Art. 45 ust. 1 i 2 ustawy wskazuje, że sprawozdanie finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych, lub na inny dzień bilansowy, i składa się ono z bilansu, rachunku zysków i strat, informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia, a w odniesieniu do podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych grup kapitałowych oraz rocznych sprawozdań finansowe podmiotów kontynuujących działalność – dodatkowo zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym, a w przypadku funduszy inwestycyjnych - zestawienie zmian w aktywach netto, oraz rachunek przepływów pieniężnych. Do rocznego sprawozdania finansowego dołącza się także sprawozdanie z działalności jednostki - jeżeli obowiązek jego sporządzania wynika z ustawy lub odrębnych przepisów.

Przepis art. 52 ust. 1 powołanej ustawy przewiduje natomiast, że kierownik jednostki zapewnia sporządzenie rocznego sprawozdania finansowego nie później niż w ciągu 3 miesięcy od dnia bilansowego (za który - zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy - rozumie się dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe) i przedstawia je właściwym organom, zgodnie z obowiązującymi jednostkę przepisami prawa, postanowieniami statutu lub umowy. W myśl natomiast art. 53 ust. 1 ustawy, roczne

sprawozdanie finansowe jednostki, podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Przed zatwierdzeniem, roczne sprawozdanie finansowe podmiotów zobligowanych do corocznego badania i ogłaszania rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych oraz rocznych sprawozdań finansowych, podlega badaniu przez biegłego rewidenta.

Analiza ww. przepisów prowadzi do wniosku, że co do zasady pełne, ostateczne i zatwierdzone sprawozdanie finansowe wraz z opinią biegłego rewidenta wykonawca powinien posiadać najpóźniej do dnia 30 czerwca danego roku kalendarzowego – jeśli rok obrotowy dla konkretnego podmiotu przyjęty został, mocą statutu lub umowy, za tożsamy z rokiem kalendarzowym, albo w innym terminie wynikającym z przyjęcia w statucie lub umowie roku obrotowego, jako innego okresu trwającego 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych.

W zakresie wykładni wyrażenia „sprawozdania finansowe za trzy ostatnie lata obrotowe” możliwe jest przyjęcie dwóch stanowisk.

- a) przyjęcie, obok sprawozdań finansowych za lata poprzednie i sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy; nawet jeśli wykonawcy nie mieli obowiązku jeszcze go złożyć,
- b) przyjęcie sprawozdań finansowych za te ostatnie lata obrotowe, za jakie – zgodnie z przepisami o rachunkowości – wykonawca zobligowany jest na dany moment posiadać takie sprawozdania.

Każde z opisanych zachowań ma swoje racje: pierwsze podejście uwzględnia cel regulacji, którym jest nie tyle wejście w posiadanie przez zamawiającego odpowiedniego dokumentu i dopełnienie tym formalnego brzmienia przepisu, ale uzyskanie dokumentów, których treść pozwoli na materialną ocenę spełnienia postawionego warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Realizacji tego celu bliższe jest uzyskanie aktualnego, choć może niepełnego, czy niezatwierdzonego sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy, które na tej podstawie pozwoli na dokonanie oceny zdolności ekonomicznej w oparciu o dane bardziej aktualne, choć może nieostateczne. Również przepis § 1 ust 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zdaje się nawiązywać do realizacji celu, którym jest uzyskanie możliwie najaktualniejszych informacji niezbędnych dla oceny zdolności ekonomicznej, skoro wskazuje, że wymienione w nim dokumenty (sprawozdania finansowe albo sprawozdania finansowe opatrzone opinią biegłego rewidenta lub ich części) należy złożyć „za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe”.

Drugi wariant zakłada, że jeśli w przepisie mowa o „ostatnich trzech latach obrotowych”, to z formalnego punktu widzenia chodzi o ostatnie lata obrotowe, co do których konkretny wykonawca w danym momencie zobligowany jest posiadać pełne – zgodnie z ustawą o rachunkowości - sprawozdania finansowe wraz z wymaganymi opiniami biegłego rewidenta. Ocena tak uzyskanych dokumentów mogłaby jednak być obarczona ryzykiem, że za wcześniejsze lata obrotowe wykonawca wykaże spełnienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej, podczas gdy za ostatni rok, za który sprawozdania finansowego nie złożono, znajduje się on w sytuacji zagrożenia kontynuacji działalności czy z jego uwzględnieniem wykonawca nie spełniłby warunku zdolności ekonomicznej i finansowej wymaganej maksymalnie dla ostatnich trzech lat. Opisane podejście zatem w mniejszym stopniu zdaje się realizować cel, jakim jest zbadanie spełniania warunku zdolności ekonomicznej. Może się jednak zdarzyć, że termin składania ofert, wypadnie na początku roku obrotowego, gdy wykonawca nie tylko nie posiada opinii biegłego rewidenta, ale jeszcze nie może mieć sprawozdania finansowego: przykładowo, przy roku obrotowym tożsamym z kalendarzowym, gdy termin składania ofert ustalono na pierwsze dni nowego roku – wtedy wszyscy wykonawcy funkcjonujący w ramach konwencjonalnego, równego z kalendarzowym roku obrotowego nie będą posiadali sprawozdań za rok bezpośrednio poprzedzający rok składania ofert, i jedyną możliwą sytuacją będzie złożenie ofert opatrzonych sprawozdaniami finansowymi za lata wcześniejsze.

Ponadto pomocnym może być przepis art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, zgodnie z którym *jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.*

Zgodnie z pkt 5.2. ppkt 3 części I SIWZ wykonawcy obowiązani byli złożyć sprawozdania finansowe za trzy ostatnie lata obrotowe. W ocenie Izby opisanego wymogu nie zmieniała udzielona przez zamawiającego odpowiedź z 28 lutego 2013 r. Dopuściła ona jedynie możliwość złożenia sprawozdań za lata 2009-2011 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy „czy załączenie sprawozdań finansowych na lata 2009-2011 będzie potwierdzało spełnienie warunku udziału w postępowaniu” odpowiedział, że „załączenie sprawozdań za lata 2009-2011 będzie potwierdzało spełnienie warunków udziału w postępowaniu”. Odpowiedź ta natomiast nie oznaczała, że nieprawidłowym będzie złożenie sprawozdań za lata 2010-2012 r. Zamawiający nie odpowiedział na pierwszą część pytania wykonawcy o treści: „prosimy o doprecyzowanie za które lata należy złożyć sprawozdanie finansowe”. Ponadto zamawiający w wyniku odpowiedzi nie dokonał modyfikacji warunku udziału w

postępowaniu, z którego w dalszym ciągu wynikało, że należy złożyć sprawozdania finansowe za trzy ostatnie lata obrotowe.

Izba wzięła pod uwagę ponadto to, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem niejednoznacznych postanowień SIWZ, rozbieżności pomiędzy odpowiedziami na pytania a treścią SIWZ nigdy nie rozstrzyga się na niekorzyść wykonawcy. Powyższe wywodzi się stąd, że to zamawiający odpowiada za precyzyjne formułowanie w SIWZ wymogów stawianych wykonawcom.

Nie ulegało wątpliwości, że dla odwołującego Jarper rok obrotowy równy był rokowi kalendarzowemu, co można było ustalić choćby w oparciu o treść złożonych wraz z ofertą sprawozdań finansowych. Biorąc pod uwagę, że termin składania ofert upływał 25 marca 2013 r., oznaczało to, że dla tego wykonawcy trzema ostatnimi latami obrotowymi były lata 2010, 2011, 2012. Z oświadczenia wykonawcy złożonego w odwołaniu i w trakcie rozprawy wynika, że w dniu 25 marca 2013 r. dysponował on już sprawozdaniem finansowym za rok 2012 r. Sprawozdania finansowego za ten rok nie złożył zamawiającemu, a więc obowiązkiem zamawiającego, który w oparciu o sprawozdania finansowe odwołującego Jarper za lata 2009-2011 stwierdził, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu, było wezwanie odwołującego Jarper do uzupełnienia wymaganych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sytuacja prawna odwołującego Jarper niewątpliwie może się zmienić. W wyniku wezwania przez zamawiającego odwołujący będzie miał bowiem możliwość złożenia sprawozdania finansowego za jego ostatni rok obrotowy, które może potwierdzić spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej wykonawcy.

Z powyższych powodów Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego Jarper z udziału z postępowaniu oraz naruszenia art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1. d SIWZ.

KIO 1045/13

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył: w zakresie części I – kwotę 9.880.000,00 zł, w zakresie części II – kwotę 6.460.000,00 zł.

Za wykonanie części I zamówienia wykonawcy zaoferowali następujące ceny brutto:

- 1) wykonawca Jarper sp. z o.o. w Kolonii warszawskiej – 4.566.321,86 zł,

- 2) przystępujący Lekaro 4.813.818,98 zł,
- 3) wykonawca MPK sp. z o.o. w Ostrołęce 5.550.122,92 zł,
- 4) wykonawca Zakład Usług Komunalnych Błysk sp. z o.o. w Otwocku – 6.220.800,00 zł,
- 5) odwołujący SITA 6.439.629,60 zł,
- 6) wykonawca SIR-COM, S..... Z..... 7.452.000,00 zł,
- 7) wykonawca Remondis sp. z o.o. w Warszawie 7.595.250,12 zł,
- 8) wykonawca Byś, W..... B..... 12.895.200,00 zł

Za wykonanie części II wykonawcy zaproponowali następujące ceny brutto:

- 1) przystępujący Lekaro 3.188.080,94 zł,
- 2) wykonawca MPK sp. z o.o. w Ostrołęce 3.629.071,84 zł,
- 3) odwołujący SITA 4.164.242,40 zł,
- 4) wykonawca Zakład Usług Komunalnych Błysk sp. z o.o. w Otwocku 4.212.000,00 zł,
- 5) wykonawca Remondis sp. z o.o. w Warszawie 5.298.342,19 zł,
- 6) wykonawca Byś, W..... B..... 8.424.000,00 zł,

Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego Lekaro do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przystępujący Lekaro, pismem z dnia 12 kwietnia 2013 r., złożył wyjaśnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego SITA jakoby przystępujący Lekaro w odpowiedzi na wezwanie nie złożył zamawiającemu wymaganych wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż jego pismo nie zawiera żadnych elementów, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby przystępujący Lekaro w sposób dostateczny odpowiedział na wezwanie zamawiającego, wyjaśniając w sposób opisowy kluczowe z punktu widzenia przedmiotu zamówienia elementy cenotwórcze. Przystępujący, w złożonych wyjaśnieniach z 12 kwietnia 2013 r. wskazał na wyjątkowo sprzyjające warunki zamówienia dostępne przystępującemu, to jest posiadanie własnej instalacji posiadającej – w świetle Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami Województwa Mazowieckiego - status RIPOK (regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych). Wskazał, że instalacja ta znajduje się w jego bezpośredniej dyspozycji.

Ponadto przystępujący Lekaro zwrócił uwagę na niedostępne innym wykonawcom czynniki jak: posiadanie instalacji do sortowania odpadów komunalnych, czy też posiadanie modułu do produkcji paliwa alternatywnego, co zmniejsza ilość odpadów składowanych. Wywiódł, że dzięki temu możliwe jest obniżenie kosztów zagospodarowania odebranych odpadów, gdyż znaczna część odpadów jest przetwarzana na surowce wtórne przekazywane odpłatnie dalszym recyklerom. Podniósł także, że czerpie zyski z produkcji paliwa alternatywnego. Zdaniem Izby przywołane czynniki nie są dostępne odwołującemu SITA, co było powodem braku możliwości zaoferowania niższej ceny przez tego wykonawcę. Nie było bowiem spornym, że odwołujący SITA nie dysponuje instalacją, mającą status RIPOK. Nie posiada on również sortowni surowców wtórnych. Jak wynika bowiem z Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dysponuje on jedynie urządzeniem technicznym typu sito mobilne do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych w Warszawie, przy ul. Mszczonowskiej, jednakże – w odróżnieniu od instalacji przystępującego Lekaro - umożliwiała ona jedynie separowanie frakcji biodegradowalnej. Nie posiada on także instalacji do produkcji paliwa alternatywnego.

Wbrew stanowisku odwołującego SITA z wyjaśnień przystępującego Lekaro z 12 kwietnia 2013 r. nie wynika, jakoby wykonawca ten skalkulował w cenie ofertowej koszt pojemników i worków. Wskazał wyraźnie, że „zgodnie z przedmiotem zamówienia, wykonawca nie jest zobowiązany do zagwarantowania pojemników lub worków do gromadzenia odpadów oraz wliczania ich zakupu i eksploatacji do zaoferowanej ceny”. Jego intencją było zatem wyłącznie wskazanie różnic w stosunku do wcześniejszych postępowań realizowanych na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Piasecznie.

W ocenie Izby podstawowym elementem budującym przewagę konkurencyjną przystępującego jest posiadanie przez jego instalację statusu RIPOK. Kalkulację odwołującego co do kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji przystępującego Lekaro Izba uznaje za mocno uproszczoną i nie uwzględniającą wszystkich czynników.

Istotnie dla przystępującego Lekaro koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych wynosić będzie 275,00 zł netto/1 mg, a odpadów zielonych i biodegradowalnych – 175 zł netto/ 1 mg. Odwołujący SITA niezasadnie zakładał jednak, że całość odpadów trafić będzie do instalacji RIPOK, tymczasem założenie to nie było prawidłowe. Zgodnie bowiem z art. 9e ust. 1 pkt ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązane są *do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych*. Nie ma zatem przeszkód, aby odpad surowcowy trafił do sortowni surowców

wtórnych, w której to instalacji koszt zagospodarowania odpadu może być niższy aniżeli w instalacji RIPOK. Bierze się to stąd, że koszt zagospodarowania odpadów zmieszanych trafiających do RIPOK jest wyższy, gdyż w tej instalacji wykorzystywane są droższe, biologiczno-mechaniczne elementy unieszkodliwiania i odzysku odpadów.

Ponadto nie jest znany poziom odzysku surowców wtórnych, od którego zależeć będą przychody przystępującego Lekaro. Trudno na ten moment wyrokować czy zakładana przez przystępującego Lekaro skala odzysku na poziomie 50% jest realistyczna czy też nie. Natomiast nie można powiedzieć z całą pewnością, że jest to poziom nieprawidłowy, wyłącznie w oparciu o dane zaczerpnięte z Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami. Z danych tych wynikało, że w 2010 r. poziom odzysku kształtował się na poziomie 10% (s. 161 planu). Jednakże nie można na ich podstawie wyrokować, że tak niski poziom utrzyma się również po 1 lipca 2013 r., kiedy to wejdzie w życie reforma w zakresie zagospodarowania odpadów i kiedy to gminy staną się właścicielami większości z nich. Wszak celem reformy w zakresie gospodarowania odpadami jest zwiększenie poziomu odzysku odpadów. Oczekiwanie to jest uzasadnione, gdyż gminy, ustalając wysokość opłat za odbiór śmieci, starają się wymusić segregowanie ich u źródła, a więc można zakładać, że poziom posegregowania odpadów u źródła będzie znacząco wyższy niż w roku 2010 r.

W ocenie Izby przystępujący mógł w wyjaśnieniach z 12 kwietnia 2013 r. powoływać się częściowo na efekt skali wynikający z obsługi wielu klientów indywidualnych i instytucjonalnych w gminach przyległych do gminy Piaseczno (ok. 20.000), który pozwala osiągnąć niższe jednostkowe koszty opróżnienia jednego rodzaju pojemników. Prawdą jest uwaga odwołującego SITA, że z dniem 1 lipca 2013 r. umowy z klientami indywidualnymi (osobami fizycznymi) wygasną, jednakże nie ulegną rozwiązaniu umowy z przedsiębiorcami.

Ponadto przystępujący przywołał dane porównawcze, z których wynika, że oszacowane przez tego wykonawcę stawki nie odbiegają od cen rynkowych, jakie kształtują na lokalnym rynku, w tym nie odbiegają również od cen stosowanych przez tego wykonawcę na lokalnym rynku piaseczyńskim. W piśmie z dnia 12 kwietnia 2013 r. powołał stawki odbioru i zagospodarowania odpadów na poziomie 8,35 zł brutto, po jakich świadczy usługę na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w Piasecznie, jak również list referencyjny od tego podmiotu potwierdzający fakt należytego wykonania tych usług. Porównanie ww. stawki do oferowanych zamawiającemu w postępowaniu (8,06 zł, 8,51zł od osoby brutto za miesiąc) świadczy o tym, że stawki te nie są zaniżone. Należy wziąć pod uwagę, że stawki usługi wykonywanej na rzecz SM w Piasecznie obejmowały również koszt zakupu i eksploatacji pojemników, który nie jest kosztem w analizowanym postępowaniu, a zatem uzasadnionym było zaoferowanie stawki nieznacznie niższej. Nie można się zgodzić, że stawki stosowane przy realizacji zamówienia na rzecz spółdzielni nie mogły być punktem odniesienia do

badania, czy zaoferowano zamawiającemu cenę rażąco niską. Z treści referencji wynikało bowiem, że zamówienie miało charakter kompleksowy.

Fakt nieodbiegania zaoferowanych przez przystępującego stawek od cen rynkowych wynika również z dowodów załączonych przez przystępującego do pisma procesowego z 14 maja 2013 r., które złożył w trakcie posiedzenia Izby (5,85 zł netto/1 os./1 miesiąc w przetargu organizowanym przez Miasto Sulejówek, zaoferowane przez wykonawcę Remondis; 6,60 zł netto/ 1 os./1 miesiąc w przetargu gminy Wieliszew, zaoferowane przez wykonawcę Eko-Trans sp. z o.o.).

Wreszcie o rażąco niskiej cenie nie można było wnosić poprzez zwykłe porównanie cen ofertowych przystępującego Lekaro do kwot, jakie zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (4.813.818,98 zł wobec 9.880.000 zł w części I oraz 3.188.080,94 zł wobec 6.460.000 zł w części II). Jak wyjaśnił zamawiający w trakcie rozprawy, kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia, w tym w części I i II, ustalił w sposób uproszczony i teoretyczny, choć w oparciu o analizę rynku. Nie mając w tym zakresie doświadczenia posłużył się takimi danymi jak długość dróg, ilość odpadów, założył zwiększenie pewnej ilości ceny paliwa. Intencją zamawiającego było to, aby zapewnić w budżecie odpowiednią kwotę. Izba oceniając ww. wyjaśnienia stwierdziła, że są one wiarygodne. Oczywiście jest bowiem, że szacunek musiał być uproszczony i pobieżny. Zamawiający nie dysponował danymi historycznymi, albowiem jest to pierwsze postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych jakie prowadzi, gdyż obowiązek odbioru odpadów komunalnych ustawodawca nałożył na gminy z dniem 1 lipca 2013 r. Zatem Izba uznała punkt odniesienia, jakim jest szacunek zamawiającego, w tym przypadku za niemiarodajny.

Również odniesienie do cen zaoferowanych przez innych wykonawców nie prowadziło do wniosku, że stawki zaoferowane przez przystępującego Lekaro są zaniżone, a tym bardziej w sposób rażący. W części I oferta przystępującego (4.813.818,98 zł) nie była nawet najtańszą, albowiem korzystniejszą ofertę złożył wykonawca Jarper sp. z o.o. (4.566.321,86 zł), nie odbiegała również znacząco od oferty wykonawcy MPK sp. z o.o. (5.550.122,92 zł). Z kolei w części II oferta przystępującego (3.188.080,94 zł) była zbliżona do oferty złożonej przez wykonawcę MPK sp. z o.o. (3.629.071,84 zł).

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 1036/13. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji. Natomiast nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp w sprawie o sygn. akt KIO 1045/13. W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 1036/13 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: