

**Sygn. akt: KIO 728/16**  
**KIO 741/16**  
**KIO 802/16**

**WYROK**  
**z dnia 30 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 maja 2016 r. przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce (KIO 728/16)
- B. w dniu 2 maja 2016 r. przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (KIO 741/16)
- C. w dniu 13 maja 2016 r. przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (KIO 802/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Białystok w Białymstoku, w którego imieniu działa pełnomocnik - Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

przy udziale:

- A. Koma Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Ełku zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 728/16 oraz KIO 741/16 po stronie zamawiającego,
- B. M.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Komunalne BŁYSK M.M.” w Łomży zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 802/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce oraz Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce oraz Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 2.3. zasądza od Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego LECH Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku.**

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 728/16**

**Sygn. akt: KIO 741/16**

**Sygn. akt: KIO 802/16**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Miasto Białystok w Białymstoku, działając przez pełnomocnika, którym jest Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „Lech” Sp. z o.o. w Białymstoku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Białystok, z podziałem zamówienia na części.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2016/S 036-58650 z dnia 20 lutego 2016.

W dniu 22.04.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

**Sygn. akt: KIO 728/16**

W dniu 02.05.2016 r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Hajnówce wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem rozstrzygnięcia postępowania w części V zamówienia, tj. wyboru oferty KOMA Sp. z o.o. Sp. k. w Ełku (zwanej dalej „KOMA”) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt, 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały podstawy takiego wezwania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty KOMA Sp. z o.o. Sp. k. z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do Części V przedmiotu zamówienia.

2. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak zażądania od KOMA Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.
3. art. 32 ust. 1. Pzp poprzez niedoszacowanie wartości zamówienia.
4. art. 89 ust 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje, co do posiadania bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i w związku z nieposiadaniem bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania w/w rozporządzenia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty KOMA Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie Części V zamówienia i nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w Części V; w tym wezwanie wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych;  
ewentualnie
2. Wykluczenie wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania z powodu nieposiadania bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., w sprawie szczegółowych wymagań' w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i nakazanie Zamawiającemu Wykonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w Części V.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W dniu 22 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W zakresie Części V Zamówienia, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta KOMA Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 856.142,82 zł. Na drugim miejscu znalazła się oferta odwołującego z ceną 1.491.389,25 zł.

Zdaniem odwołującego cena zaoficerowana przez KOMA Sp. z o.o. Sp. k. jest ceną rażąco niską. Bez głębszej analizy widać, iż cena ta odbiega znacznie od ceny oferowanej przez odwołującego (43% różnicy) oraz od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia w V części (53% różnicy). Ponadto oferta KOMA Sp. z o.o. Sp. k. jest o prawie 30 % niższa od średniej arytmetycznej cen obu złożonych ofert w zakresie Części V zamówienia. Wskazana przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia to 1.127.534.61 zł. Jednocześnie nie jest to kwota netto i po powiększeniu jej o podatek VAT 8% otrzymujemy kwotę 1.217.737.38 zł. Zatem oferta KOMA SP. Z O.O. Sp. k. w kwocie 856.142.82 zł brutto jest niższa o 30% od wartości przedmiotu Zamówienia brutto, co nakazywało Zamawiającemu zastosowanie art. 90 ust. 1 ZamPublU.

Zgodnie z art. 32 ust. 1. ZamPublU podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Wskazuję na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (KIO 165/15) zgodnie z którym „wartość zamówienia”, biorąc pod uwagę dotychczasową wykładnię tego pojęcia, w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny, należy interpretować jako wartość szacunkową danego, konkretnego zamówienia. Mowa tutaj o Wartości szacunkowej z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających, jednak obliczonej zgodnie z art. 32 ust. 1 p.z.p. jako wartość netto. Do tej wartości netto zamówienia, w celu porównania tej wartości z wartością ofert złożonych w postępowaniu należy doliczyć kwotę podatku VAT.

Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza, porównanie wartości szacunkowej netto z wartością ofert określonych w kwotach brutto, prowadziłoby do konieczności oceny nieporównywalnych de facto elementów. W efekcie, literalna interpretacja pojęcia „wartość zamówienia” ze znaczeniem tego pojęcia, jakie mu nadaje art 32 ust 1 p.z.p. szczególnie w sytuacji dot. rażąco niskiej ceny, prowadziłaby do absurdalnych wniosków. Nie można przecież porównywać ceny netto z ceną brutto. Z tego względu KIO stoi na stanowisku, że dla celów porównawczych i oceny czy konkretna cena ofertowa nie jest rażąco niska zasadnym jest „ubruttowanie” szacunku zamawiającego.

Zgodnie z pkt. 1.3.2 SIWZ Tom III Szacowana ilość odpadów komunalnych przewidzianych do odebrania, prognozowana ilość odpadów wytwarzanych w sektorze V w latach od 1.10.2016 do 30.09.2018 wynosi 5989 ton. Zatem, przy zaproponowanej przez KOMA Sp. z o.o. sp.k. cenie 856.142,82 zł za realizację zamówienia w ciągu 2 lat, cena odbioru jednej tony odpadów wynosi 145.38 zł., co stanowi cenę nierynkową, nierealną dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Natomiast cena zaproponowana przez odwołującego wynosi 253,25 zł za 1 tonę. Cena KOMA Sp. z o.o. Sp.k. jest o 42,59 % niższa od ceny odwołującego.

Zwracam uwagę, że usługi objęte częścią V zamówienia były i są obecnie realizowane przez odwołującego na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy z dnia 13 kwietnia 2016 r. nr NZM.231.9.2016.AMD. Przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki - zamówienie uzupełniające do zamówienia pod nazwą „Świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok (przetarg nieograniczony, Cześć V nr referencyjny I/ZP/2014).” Przedmiotowa umowa została zawarta na okres od wygaśnięcia Umowy nr I/ZP/2014/5 z dnia 15 kwietnia 2014 r. do dnia 30 września 2016 r. Zgodnie z § 7 wynagrodzenie zostało ustalone jako iloczyn ustalonej w drodze negocjacji ceny jednostkowej 248,40 zł brutto za 1 tonę (Mg) i ilości ton (Mg) odpadów komunalnych odebranych i dostarczonych do Zakładów Odbierających odpady. Ponadto Zamawiający płaci odwołującemu wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne z tytułu organizacji i prowadzenia 13 gniazd w wysokości 70,20 zł.

Wynagrodzenie ustalone w w/w umowie Zamawiającego z odwołującym zostało ustalone w wyniku negocjacji. Zamawiający proponował wynagrodzenie w wysokości 212,41 zł brutto za tonę (Mg) odpadów oraz dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 65 zł brutto za prowadzenie gniazd. Ostatecznie w ustalono cenę na kwotę 248,40 zł brutto za 1 tonę i 70,20 zł za prowadzenie gniazd. Jednocześnie odwołujący obniżył zakładany zysk z 25% do 8,5%. Z powyższego wynika, że zdaniem Zamawiającego cena 212,41 zł za tonę odpadów jest ceną realną, rzeczywistą za ten rodzaj usług, a jednocześnie niską (trudno bowiem przyjmować, że Zamawiający chciałby zapłacić więcej niż jest to konieczne). Cena zaproponowana przez Zamawiającego w wysokości 212,41 zł za 1 tonę różni się o 31,56 % od ceny zaoferowanej w przedmiotowym przetargu przez KOMA Sp. z o.o. sp.k. w wysokości 145,38 zł za 1 tonę. Powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do jej prawidłowości.

Dowód:

1. Umowa z dnia 13 kwietnia 2016 r. nr NZM.231.9.2016.AMD
2. Protokół z negocjacji z dnia 14.03.2016 r.

Odwołujący dokonał wyliczenia kosztów odbioru odpadów, zgodnie z załączoną tabelą. Ponoszony przez niego koszt odbioru szacuje na około 232,40 zł brutto za tonę. Koszty te poparte są doświadczeniem odwołującego w zakresie odbioru odpadów z terenu miasta Białystok, w tym objętego niniejszym postępowaniem Sektora V. Zatem odwołujący wie, że wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez KOMA Sp. z o.o. Sp. k. nie jest możliwe bez poniesienia straty finansowej.

Dowód: Szacunek kosztów odbioru odpadów

Ponadto należy zauważyć, że Pełnomocnik Zamawiającego, który po raz kolejny organizuje przetarg na odbiór odpadów z terenu miasta Białystok, doskonale orientuje się w ilości odpadów, kosztach ich odbioru i zagospodarowania a zatem i w cenach możliwych do zaoferowania przez wykonawców. Tym bardziej więc uwagę Zamawiającego powinna wzbudzić oferta której cena tak znacząco odbiega od ceny za którą aktualnie są odbierane odpady i od cen innych oferentów.

Zwracam przy tym uwagę na niedoszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego.

Wyjaśnić należy, że ustawa Pzp nie wskazuje sposobu szacowania wartości zamówienia, a tym samym zamawiający może swobodnie korzystać z różnych instrumentów. Zwyczajowo, w pierwszej kolejności zamawiający ustala wartość szacunkową zamówienia we własnym zakresie, poprzez odniesienie się do wartości dostaw czy też usług, które były przedmiotem zamówienia w poprzednim roku, przy uwzględnieniu ewentualnej zmiany wielkości zamówienia oraz wskaźników inflacji ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny, czy też zmian cen na danym rynku. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1813/09] Stwierdziła, iż: Wartość szacunkowa zamówienia winna uwzględniać specyfikę danego zamówienia. W tym miejscu można wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 588/08], w którym Izba stwierdziła, że Wartość przedmiotu zamówienia należy ustalać w oparciu o przewidywane wynagrodzenie wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu, adekwatne do przedmiotu świadczenia. a nie w oparciu o kryterium ceny, jaką spodziewa się zamawiający zapłacić wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu w pierwszej kolejności o niedoszacowaniu świadczy o tym fakt, że na realizację zamówienia w zakresie V Części Zamawiający przeznaczył kwotę o 620.144,06 zł wyższą niż podana przez niego wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiającemu znane były ceny, za jakie przedmiot zamówienia był dotychczas wykonywany i jaką powinien przewidywać. Ceny te nie odpowiadają wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego. Ponadto nawet przy zaproponowanej przez Zamawiającego w toku negocjacji z odwołującym cenie 212,41 zł za 1 tonę, wartość przedmiotu zamówienia powinna wynosić co najmniej 1.268.727,05 zł ( $212,41 \times 5.973,01$ ) i w tej sytuacji oferta KOMA Sp. z o.o. Śp. k. byłaby o 33% niższa od wartości przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w zakresie szacowania przedmiotu zamówienia Zamawiający zamiast odnieść się do posiadanych danych w zakresie realizowanych już wcześniej usług odbierania odpadów w konkretnym sektorze powołuje się na dane z innych miast, a przy tym położonych w zupełnie innych regionach kraju; Niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający nie korzysta z danych realnych, wynikających z posiadanej wiedzy i doświadczenia. Specyfika różnych regionów

kraju, a także specyfika poszczególnych sektorów w Białymstoku jest tak odmienna, że należy zawsze odnosić się do realiów, danych rzeczywistych. Zwłaszcza gdy są one dostępne Zamawiającemu. Z niewiadomych względów Zamawiający przy szacowaniu przedmiotu zamówienia odniósł się jednak do danych z Bydgoszczy i Gdańska. Nie wiadomo w jakim zakresie miasta te oraz poszczególne sektory w miastach porównywanych są do siebie podobne i czy w ogóle takie porównanie jest możliwe.

Natomiast uwzględniając, że realna, wynikająca z obliczeń odwołującego cena jednostkowa odbioru i tony (Mg) odpadów to około 227 zł (248,40 -8,5% zysku) i przy uwzględnieniu, że w sektorze V w latach 2016 i 2017 zostanie odebranych 5.973,01 ton odpadów, minimalna wartość przedmiotu zamówienia powinna wynosić 1.355.419,27 zł. Wobec tego cena zaoferowana przez KOMA Sp. z o.o. Sp. k. jest o 37 % niższa od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia. Powyższe uzasadnia zarzut naruszenia art. 32 ust. 1. ZamPublU.

Zatem, biorąc pod uwagę zaproponowaną przez KOMA Sp. z o.o. Sp. k. cenę świadczenia usług, znacznie odbiegającą od ceny rynkowej Zamawiający powinien poddać ją analizie, czy pokryje ona koszty świadczenia usług. Przepis art. 90 ust. 1 ZamPublU stanowi: „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, DOZ. 1679. z 2004 r. Nr 240, DOZ. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 13141:

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”.

Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ZamPublU występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej



wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na brak zaistnienia okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 1 ZamPublU, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Wskazane wcześniej okoliczności świadczą o tym, że wykonawca KOMA Sp. z o.o. Sp.k. zastosował rażąco niską cenę. Odwołujący informował Zamawiającego o swoim stanowisku w piśmie z dnia 31.03.2016 r. Jednocześnie odwołujący przedstawił Zamawiającemu dane wskazujące na to, że za zaoferowana przez KOMA Sp. z o.o. Sp. k. cenę nie da się należycie wykonać przedmiotu zamówienia. Również inni wykonawcy informowali Zamawiającego o stosowaniu rażąco niskich cen przez niektórych oferentów, w tym przez KOMA Sp. z o.o. Sp.. Pomimo tego. Zamawiający nie wezwał wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp.k. do złożenia wyjaśnień, w celu wykazania zastosowanej ceny. Powyższe zaniechanie Zamawiającego świadczy także o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ZamPublU tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

Dowód: pismo odwołującego z dnia 31.03.2016 r.

Nadmieniam, iż dowodzenie zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a dowodzenie zaniechania odrzucenia oferty pomimo jej zaistnienia, sprowadza się do tego, że przy zaniechaniu wezwania nie jest wymagane wykazanie zaistnienia rażąco niskiej ceny, lecz mniej kategorięczne uprawdopodobnienie, tj. wskazanie, że istnieją uzasadnione podejrzenia w tym zakresie, które w toku dalszych czynności mogą się potwierdzić lub nie. W przedmiotowej sprawie takie uzasadnione podejrzenia zostały wykazane.

Odnośnie podstaw do wykluczenia wykonawcy KOMA Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania z powodu nieposiadania bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wskazuję, iż zgodnie z pkt. 3.3 SIWZ Tom III „Wykonawca obowiązany jest posiadać odpowiednią do realizacji przedmiotu zamówienia bazę transportowo - magazynową. Powinna ona spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) w

sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zgodnie z przywołanymi wyżej wymaganiami SIWZ wykonawca winien wykazać, że na dysponuje bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy sektora, na który składa ofertę, która przy tym spełnia wymagania w/w Rozporządzenia. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że KOMA Sp. z o.o. Sp.k. tego warunku nie spełnia. Wobec jednak braku dokumentów potwierdzających to stanowisko zasadnym jest żądanie od tego wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań w zakresie bazy magazynowo transportowej.

Ponieważ pełnomocnik Zamawiającego zastrzegł sobie w SIWZ prawo do zweryfikowania prawdziwości złożonych przez Wykonawcę oświadczeń, w szczególności poprzez wizję lokalną na terenie bazy magazynowo - transportowej zasadny jest wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania wizji na terenie wskazanej przez KOMA Sp. z o.o. Sp.k. bazy magazynowo transportowej.

[...]"

### **Sygn. akt: KIO 741/16**

W dniu 02.05.2016 r. Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem rozstrzygnięcia postępowania w części II zamówienia, tj. wyboru oferty KOMA Sp. z o.o. Sp. k. w Ełku (zwanej dalej „KOMA”) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania KOMA do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mimo uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty KOMA jak zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia KOMA z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

- 3) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez nieskorzystanie z przewidzianego trybu wezwania do wyjaśnienia treści oferty mimo wątpliwości co do prawdziwości złożonych przez Wykonawcę KOMA oświadczeń.
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania KOMA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo że złożone wraz z ofertą dokumenty nie są Wystarczające dla uznania, że KOMA wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 32 ust. 1 Pzp poprzez niedoszacowanie wartości zamówienia;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia;
- 2) wezwania KOMA do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp oraz w art. 26 ust. 3 Pzp
- 3) ponownego badania i oceny ofert;
- 4) wykluczenia KOMA z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) odrzucenie oferty złożonej przez KOMA w części II zamówienia;
- 6) wyboru jako oferty najkorzystniejszej w części II oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający w rozdziale 9 Instrukcji Dla Wykonawców stanowiącej TOM I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidział, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w ; postępowaniu, każdy z Wykonawców winien złożyć oświadczenie o spełniania warunków udziału W postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp. Wzór oświadczenia stanowił Załącznik nr 2 do Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej I Tom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca powyższe oświadczenie złożył wraz z aktualnym zaświadczeniem o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 1399 ze zm.) - dalej jako

ustawa o czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Ponadto w punkcie 3.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego TOM III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający ustanowił warunek posiadania przez Wykonawcę odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej, wskazując:

„ Wykonawca obowiązany jest posiadać odpowiednią do realizacji przedmiotu zamówienia Bazę transportowo - magazynową. Powinna ona spełniać wymagani a określone W, rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. ”

Konieczność posiadania przez podmiot odbierający odpady odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej przewidziano również w art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazując, iż:

„Art. 9d 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia następujących wymagań:

- 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;
- 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. ”

Kryteria jakie winna spełniać baza magazynowo - transportowa uszczegółowiono 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).

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż Wykonawca KOMA przedmiotową bazą nie dysponuje, tym bardziej że siedzib Wykonawcy oddalona jest o kilkadziesiąt kilometrów od miejsca świadczenia usługi.

Nie bez znaczenia pozostaje, iż w przetargu organizowanym przez Zamawiającego w roku 2013 jeden z Wykonawców powziął wątpliwość czy bazy magazynowo - transportowe dwóch innych wykonawców spełniają w/w kryteria Rozporządzenia, stąd zwrócił się do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego o weryfikację tych informacji poprzez

wezwanie Wykonawców do wyjaśnień i ewentualne przeprowadzenie kontroli. W toku postępowania przetargowego tych czynności zaniechano, a kontrolę przeprowadzono dopiero po upływie kilku miesięcy, co nie mogło już mieć wpływu na rozstrzygnięcie. Wprawdzie oferty w/w nie mogły zostać wybrane jako najkorzystniejsze ze względu na zaproponowaną przez nich wysoką cenę, ale system prawa zamówień publicznych zapewniający pełną przejrzystość prowadzonych postępowań przetargowych wymaga aby tego rodzaju wątpliwości były wyjaśnione przed rozstrzygnięciem. Przeprowadzone kontrole wykazały pewne nieprawidłowości w spełnieniu warunków ustawowych jakie powinna spełniać baza magazynowo - transportowa, co mogło mieć wpływ na obowiązek zatrzymania wadium.

Dowód: protokół kontroli z 10 kwietnia 2014r. i protokół kontroli z 26.05.2016r.

W związku z pojawieniem się powyższych wątpliwości, co do spełniania przez dwóch wykonawców m.in. KOMA warunku posiadania odpowiednio usytuowanej bazy magazynowo - transportowej, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o weryfikację, czy bazy magazynowo - transportowe w/w Wykonawcy spełniają kryteria określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wykonawca zwrócił się również o podanie adresów baz jako informacji jawnej zarówno na gruncie ustawy Pzp (art. 86 ust. 4) jak również na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej na podstawie, której jawne są wszystkie miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

Dowód:

- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r.
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2016 r.
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2016 r.

Z wnioskiem o udostępnienie adresów baz magazynowo - transportowych m.in. przez Wykonawcę KOMA oraz zweryfikowanie kryteriów wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wystąpiła również Grupa Radnych Miasta Białystok. Pismo to pozostało bez odpowiedzi.

Dowód: pismo grupy Radnych Miasta Białystok z dnia 31 marca 2016 r. do Wiceprezydenta Miasta Białegostoku.

Pomimo wniosków Odwołującego jak i Radnych Miasta Białystok, Zamawiający nie wskazał adresu bazy magazynowo - transportowej, nie wyjaśnił też wątpliwości co do spełniania przez bazę kryteriów ustawowy. Co więcej mimo uzasadnionych wątpliwości Zamawiający zaniechał

zwrócenia się do Wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie powyższych rozbieżności. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r. w jego opinii, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wystarczające jest złożenie potwierdzającego to oświadczenia oraz przedłożenie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zaznaczył on również, iż nie ma uprawnień do kontrolowania baz magazynowo - transportowych.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r. znak: NZM.231.1.2016.DM

Powyższe oznacza, iż sam Zamawiający nie tylko zaniechał wezwania do wyjaśnień co do spełnienia warunków określonych w SIWZ ale również, że nie wie on, gdzie znajduje się baza magazynowo - transportowa Wykonawcy KOMA.

Powyższym zagadnieniem zajmowała się już Krajowa Izba Odwoławcza w połączonych sprawach KIO 2298/13, KIO 2299/13, KIO 2320/13. W przetargu na gruncie, którego zawisła sprawa przed KIO Zamawiający wymagał aby Wykonawca dysponował bazą magazynową - transportową, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Izba dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu powzięła poważne wątpliwości czy przedmiotowa baza spełnia wymagania w/w rozporządzenia, oraz czy składane w tym zakresie oświadczenia konsorcjum wykazują spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. „Tym samym w sprawie, zdaniem Izby zaistniały uzasadnione wątpliwości w zakresie czy wskazana baza magazynowo transportowa spełnia postawione przez zamawiającego wymagania.” . W związku z nadmienionymi wątpliwościami Izba nakazała unieważnienie wybór najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, mających na celu wykazanie, że przedmiotowa baza spełnia postawione w SIWZ wymagania. Zdaniem Izby Wyjaśnienia, które zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy powinny obejmować co najmniej kwestie dotyczące podstawy do dysponowania bazą, możliwość wprowadzania ścieków i wód gruntowych z terenu bazy do sieci kanalizacyjno-burzowej, zakresu w jakim przedmiotowa baza będzie wykorzystywana przez wykonawcę itp. Izba wskazała również, że podkreślenia wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem opartym na dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Jednakże jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do prawdziwości danych zawartych w tych dokumentach czy oświadczeniach, to biorąc pod uwagę obowiązującą go zasadę staranności, winien wyjaśnić, czy podniesione zastrzeżenia są zasadne.”

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tych wątpliwości czyn naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 15.2.2013 r. (KIO 214/13, Legalis) jednoznacznie stwierdziła, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty, z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmienią one jej treść.

Zamawiający nie zweryfikował również, czy KOMA złożył zgodne z prawdą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych oświadczeń, stanowi zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podstawę do wykluczenia Wykonawcy od udziału w postępowaniu. Interpretacja powyższego przepisu, w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy : prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinięcia wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „jest winny poważnego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Gdyby okazało się, że Wykonawca KOMA nie dysponuje bazą magazynowo - transportową, która spełnia kryteria wskazane w rozporządzeniu Ministra Środowiska, stanowiłoby to bez wątpienia poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Wykonawca KOMA nie spełniał również innych warunków udziału w postępowaniu, o czym Odwołujący informował Zamawiającego pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Dowód: pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Zamawiający wymagał w SIWZ aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia 4 publicznego posiadali wpis do rejestru działalności regulowanej stosowanie do wymogów art. 9b ustawy z dnia 13 grudnia 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wymaganie to stanowiło warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z zapisem w Rozdziale 9.5 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, pkt 1: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadani, to jest:

a) uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Białystok;

b) posiadają uprawnienia do transportu odpadów zgodnie przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2013, poz. 21 ze zm.) ”

Jednocześnie wskazano, iż w celu potwierdzenia powyższego warunku Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty:

c) aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 1399 ze zm.), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia:

d) zezwolenie na transport odpadów zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 21 ze zm.).

Wykonawca KOMA nie spełnia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Zgodnie z zaświadczeniami KOMA o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Wykonawca ten nie posiada wpisu do rejestru w zakresie odpadów o kodach: 15 01 10, 15 01 11, 17 01 80, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 03 02, 17 03 80, 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 05, 17 04 06, 17 04 07, 17 04 11, 17 05 08, 17 06 04, 17 08 02 oraz 17 09 04. Posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie również tych odpadów jest niezbędne do możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, którym jest odbiór odpadów komunalnych. W przypadku braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie odpadów o kodzie 17 01 80, tj. usunięte tynki, tapety, okleiny itp., odpadów o kodzie 17 03 80, tj. odpadowa papa, odpadów o kodzie 17 02 02 tj. szkło, czy odpadów o kodzie 17 02 03 tj. tworzywa sztuczne spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł odebrać takich odpadów od właścicieli nieruchomości - czyli nie będzie mógł realizować przedmiotu zamówienia.

Przedłożone przez w/w Wykonawcę zezwolenia na transport odpadów zawiera wszystkie powyższe kody, stąd wobec takiej nieprawidłowości Zamawiający nie mógł przejść obojętnie.

Pomimo wskazania przez Zamawiającego w sposób ogólny, iż usługa polegała będzie m.in. na odbiorze odpadów komunalnych, za które uznano (zgodnie ze słowniczkiem zawartym w SIWZ) odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych, to bez wątpienia odpady o w/w



kodach należą do kategorii odpadów komunalnych. Dla prawidłowego zakwalifikowania odpadów takich jak drewno, szkło, tworzywa sztuczne, papa lub tynki, tapety i okleiny nie jest konieczne posiadanie wiedzy specjalistycznej. Natomiast podmiot, który profesjonalnie zajmuje się odbiorem odpadów komunalnych winien legitymować się pełnym katalogiem kodów, a jakiegokolwiek zaniechania w tym zakresie należy traktować jako niedbalstwo.

Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej „Jeżeli przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu niniejszej ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej, z zastrzeżeniem art. 75”. Zgodnie z 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zawiera między innymi określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych. Nie jest więc bez znaczenia, jakie odpady (o jakich kodach) wpisane są w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż właśnie te odpady może odbierać podmiot prowadzący działalność. Podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości nie może więc odbierać odpadów, w zakresie których nie ma wpisu w rejestrze działalności regulowanej. W związku z powyższym, Wykonawca KOMA z uwagi na brak wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odpadów o w/w kodach, nie może odbierać tych odpadów, a jednocześnie nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór tychże odpadów.

Ponadto konieczność posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej co do części w/w kodów tj. 17 02 10. 17 02 02, 17 02 03. 17 03 02. 17 03 80. 17 04 01. 17 04 02. 17 04 03. 17 04 04. 17 04 05. 17 04 06. 17 04 07, 17 04 1L 17 05 08, 17 06 04. 17 08 02. 17 09 04 potwierdza Załącznik do Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi z dnia 15 maja 2012 r. w postaci kwartalnego sprawozdania sporządzonego przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. We wzorze sprawozdania jednoznacznie wskazano, iż w/w kody jako odpady komunalne należy uwzględniać w sprawozdaniach, a co za tym idzie konieczny

jest ich odbiór od mieszkańców. Brak wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie w/w kodów uniemożliwia wykonywania usługi odbioru tych odpadów.

Jak już wskazano powyżej Wykonawca posiada zezwolenie na transport odpadów, w których uwzględniono wszystkie kody. Rozbieżność powyższa wskazuje, iż Wykonawca KOMA nie zdają sobie sprawy jakimi kodami należy się legitymować przy świadczeniu przedmiotowej usługi. Ponadto decyzja na transport w zakresie w/w odpadów nie jest wystarczająca dla możliwości prowadzenia przez Wykonawcę działalności gospodarczej w zakresie odbierania wskazanych odpadów od właścicieli nieruchomości. Aby móc prowadzić działalność w zakresie transportu odpadów podmiot musi uzyskać zezwolenie na transport odpadów. Natomiast, aby móc prowadzić działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podmiot musi posiadać , : wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W. związku z nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca KOMA winien zostać wykluczeni z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego powoduje natomiast naruszenie w/w przepisu.

Ponadto brak wiedzy co do usytuowania bazy magazynowo - transportowej Wykonawcy KOMA nie pozwolił na zweryfikowanie przez Zamawiającego czy zaoferowana przez niego w II części zamówienia cena spełnia znamiona rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o wszczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do KOMA.

Dowód:

- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 31 marca 2016 r.
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2016 r.

Zamawiający powyższych wątpliwości nie wyjaśnił.

W powyższych pismach Odwołujący wskazywał, iż uwzględniając wymogi OPZ, przy kalkulowaniu oferty należało wziąć pod uwagę co najmniej następujące czynniki:

- 1) koszt nabycia i amortyzacji pojazdów - z uwzględnieniem nazwy pojazdów przeznaczonych do pracy na terenie Miasta Białostok, ich wartości, kwot amortyzacji - popartych stosownymi dowodami w tym zakresie: faktury, wyciąg ze środków trwałych, itp.
- 2) koszt systemu GPS i RFID - koszt wyposażenia wszystkich samochodów urządzenia do odczytu czipów umieszczanych na pojemnikach, w panele obsługi systemu RFID umieszczone w kabinach pojazdów oraz systemu GPS
- 3) koszt paliwa - zawierający szczegółową kalkulację uwzględniającą:

trasy przejazdu (baza Wykonawcy - miejsce odbioru według tzw. „trasówki” - Zakład Odbierający - baza Wykonawcy) śmieciarki odbierającej odpady (odrębnie odpady zmieszane, odrębnie surowce wtórne) wraz ze wskazaniem liczby kilometrów. Przy planowaniu trasy przejazdu należy uwzględnić ilość odpadów planowanych do zebrania i wielkość pojazdu;

ilości zużytego paliwa - z podaniem nazwy śmieciarki oraz normy zużycia paliwa na 100km trasy wraz ze stosownymi dowodami w tym zakresie: wyciąg ze świadectwa homologacji itp. miejsce tankowania pojazdów;

przy obliczaniu zużycia paliwa należy uwzględnić ewentualne dodatkowe terminy odbioru odpadów zmieszanych (zgodnie z ofertą) uwzględniając trasy przejazdu śmieciarki,

do wyliczenia wartości zużytego paliwa należy podać cenę hurtową zakupu paliwa oraz doliczyć całkowity koszt utrzymania własnej stacji paliw (płace pracowników, amortyzacja, pozwolenia, badania itp.), wraz ze stosownymi dokumentami w tym zakresie,

4) koszt prowadzenia bazy magazynowo - transportowej, tj. stałe koszty związane z utrzymaniem bazy na poziomie odpowiadającym wymaganiom przewidzianym w ustawie i rozporządzeniu, z podaniem szczegółowej kalkulacji uwzględniającej w szczególności;

koszty osobowe (płace pracowników), podatki,

koszt dzierżawy,

koszty związane z dostosowaniem bazy do potrzeb jej funkcjonowania, w tym remonty, koszt pracy sprzętu na bazie (również z amortyzacją), koszty biurowe, energii elektrycznej, wody i ścieków, z wykazaniem stosownych dowodów w powyższym zakresie.

5) koszt wyposażenia w pojemniki, koszt rozmieszczenia pojemników, koszt mycia pojemników oraz koszt zakupu worków na odpady, wyposażenia MGO - ze wskazaniem szczegółowej kalkulacji uwzględniającej:

koszt nabycia pojemników, a jeśli są to pojemniki używane, koszt ich amortyzacji i ewentualnych napraw, z przedstawieniem stosownych dowodów w tym zakresie: faktury itp.;

koszt nabycia czipów do systemu RFID, koszt wyposażenia wszystkich pojemników w czipy oraz koszt sparowania rozstawionych pojemników (przypisywanie pojemników do MGO w bazie danych - praca w terenie przy użyciu kolektorów podłączonych do systemu GPS) ilości i koszt zużytego paliwa - z podaniem nazwy pojazdu, jego wielkość oraz normy zużycia paliwa wraz z dowodami w tym zakresie np.: wyciągu ze świadectwa homologacji itp.

ilość obsługi wykonującej w/w czynności oraz ich kosztów osobowych; koszt mycia pojemników,

koszt zakupu worków, wraz z dowodami w tym zakresie np.: faktury itp.;

- 6) koszt wynagrodzenia pracowników - z podaniem wysokości płac z narzutami osób pracujących na potrzeby realizacji zamówienia, z wyszczególnieniem ich zakresu czynności oraz kwot ich wynagrodzenia adekwatnych do wkładu pracy na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia., poparte stosownymi dowodami w tym zakresie np.: zgłoszenie pracowników do ZUS, umowy o pracę, itp.;
- 7) koszt naprawy pojazdów oraz inne koszty transportowe - ze wskazaniem kosztu ubezpieczenia pojazdów, podatku drogowego i innych kosztów - poparte stosownymi dowodami w tym zakresie;
- 8) podatki i opłaty, np.: podatek od nieruchomości oraz opłaty: skarbowe, notarialne, administracyjne, sądowe, za zniszczenie środowiska, a także opłata za użytkowanie wieczyste (w formie ryczałtu).
- 9) pozostałe koszty rodzajowe, np.: ubezpieczenie majątkowe, podróże służbowe, reklama;
- 10) osiągnięcie należnego zysku;

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Pomimo wniosków oraz uzasadnionych wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej przez Wykonawcę KOMA ceny na część II Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czym naruszył art. art. 89 ust 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Z wyliczeń Odwołującego wynika, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę KOMA na część II (5.441.850,72 zł) została zaniżona o około 43%.

Zamawiający dokonując kalkulacji kosztu usługi, w celu wyliczenia jaką kwotę musi przeznaczyć na zamówienie, poczynił założenia w oparciu o przebiegi pojazdów z miejscem postoju na bazę zlokalizowaną w Białymstoku.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2016r. i odpowiedź Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r. - szacunkowa wartość zamówienia

Zamawiający przyjął np. przebieg dzienny śmieciarki - 100 km, tymczasem baza Wykonawcy Koma jest oddalona od Centrum Białegostoku około 100 km a od granic administracyjnych około 80 km. Dodatkowy przebieg każdego pojazdu to około 160-200 km dziennie. Dojazd każdej z załóg zajmie około 3-3,5 godziny w obie strony stąd efektywny czas pracy skraca się do 4,5- 5 godzin. Nie jest możliwe założenie , że załogi będą pracować w systemie nadgodzin przez okres 24 miesięcy, stąd koniecznym w tej sytuacji jest zwiększenie ilości załóg i samochodów o 30-40% co powoduje zwiększenie kosztów wykonania usługi.

W związku z brakiem wiedzy gdzie znajduje się baza magazynowo - transportowa Wykonawcy KOMA i że znajduje się ona w Białymstoku, koniecznym było przyjąć że baza znajduje się w siedzibie Wykonawcy Koma w Ełku, co jak wyżej wskazaliśmy powoduje konieczność doliczenia do oferty dodatkowych kosztów zwiększenia taboru, zatrudnienia pracowników oraz paliwa związane z usytuowaniem bazy poza miejscem świadczenia usługi, i tak:

I. Przy założeniu usytuowania bazy w odległości 80 km od Białegostoku do realizacji usługi

niezbędne jest posiadanie dodatkowych pojazdów, co wiąże się ze wzrostem wydatków na wynagrodzenie dla obsługujących je pracowników:

- a) dodatkowej śmieciarki -  $3500 \text{ zł} + 2 \times 2800 \text{ zł} = 9100 \text{ zł}$  miesięcznie
- b) dodatkowych dwóch hakowców -  $2 \times 3500 = 7000 \text{ zł}$  miesięcznie
- c) dodatkowego pojazdu skrzyniowego dostępnego przez 2 dni w tygodniu -  $1333 \text{ zł} + 2 \times 1066 = 3465 \text{ zł}$  miesięcznie

Łącznie: 19.565 zł

II. Wzrost kosztów paliwa

' a) 4 śmieciarki x 160 km x 21 dni = 13440 km

100 km - 45 litrów paliwa tj. 6048 litrów x 3,50 zł = 21.168 zł

b) 7 hakowców x 160 km x 21 dni = 23520 km

100 km - 30 litrów paliwa tj. 7056 litrów x 3,50 zł = 24.696 zł

c) 1 pojazd skrzyniowy x 160 km x 8 dni = 1280 km 100 km - 15 litrów paliwa tj. 192 x 3,50 zł = 672 zł

Łącznie: 46.536 zł

III. Inne koszty związane z konieczności zwiększenia taboru

- a) Amortyzację śmieciarki - 5.000 zł
- b) Amortyzacja dwóch hakowców - 6.666 zł
- c) Amortyzacja pojazdu skrzyniowego - 633 zł
- d) Ubezpieczenie dodatkowych pojazdów - 390 zł
- e) Koszty serwisowania - 10.000 zł
- f) Koszt utrzymania bazy - 5.000-10.000 zł (przyjmujemy 5.000 zł)

Łącznie: 27.689 zł

IV. Ponadto należy doliczyć koszty, których nie uwzględnił również Zamawiający w sporządzonej przez niego kalkulacji stanowiącej podstawę kalkulacji wartości przedmiotu zamówienia tj:

- a) Zakup transporterów na wszystkie pojemniki - 727 zł
- b) Amortyzacja RFID winna uwzględniać okres 24 a nie 60 miesięcy gdyż czujniki przydatne są tylko w trakcie trwania przetargu w Mieście Białystok, gdyż inne postronne gminy ich nie wymagają, stąd koszt amortyzacji wyniesie - 2827,50 zł

Łącznie: 3.554.50 zł

Łączna wartość o jaka zaniżono cenę to 97.344,5 złotych miesięcznie a więc 31% w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia wyliczonej przez samego Zamawiającego i 43% więcej niż pierwotnie podana przez Wykonawcę cena.

Mając na uwadze powyższe, istniały przesłanki aby Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do Wykonawcy KOMA, czego jednak zaniechano. Powyższe wskazuje również na naruszenie przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedoszacowanie wartości zamówienia.

[...]"

**Sygn. akt: KIO 802/16**

W dniu 13.05.2016 r. Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne ASTWA Sp. z o.o. w Białymstoku wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem rozstrzygnięcia postępowania w części VI zamówienia, tj. wyboru oferty M.M. prowadzącej

działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Komunalne BŁYSK M.M.” (zwanej dalej „BŁYSK”) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Błysk do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mimo uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Błysk jak zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Błysk z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez nieskorzystanie z przewidzianego trybu wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie bazy magazynowo - transportowej mimo wątpliwości co do prawdziwości złożonych przez Wykonawcę Błysk oświadczeń.
4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Błysk do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo że złożone wraz z ofertą dokumenty nie są wystarczające dla uznania, że Wykonawca wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej.
5. art. 32 ust. 1 Pzp poprzez niedoszacowanie wartości zamówienia.
6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem w/w przepisów ustawy.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI zamówienia;
- 2) wezwania Wykonawcy Błysk do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp;
- 3) ponownego badania i oceny ofert;
- 4) wykluczenia wykonawcy Błysk z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) odrzucenie oferty złożonej przez Błysk w części VI zamówienia;

- 6) wyboru jako oferty najkorzystniejszej w części VI oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Dnia 4 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie części VI, w tym o wyborze w zakresie części VI zamówienia oferty Błysk.

Zamawiający w rozdziale 9 Instrukcji Dla Wykonawców stanowiącej TOM I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidział, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, każdy z Wykonawców winien złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp. Wzór oświadczenia stanowił Załącznik nr 2 do Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej I Tom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca powyższe oświadczenie złożył wraz z aktualnym zaświadczeniem o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 1399 ze zm.) - dalej jako ustawa o czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Ponadto w punkcie 3.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego TOM III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający ustanowił warunek posiadania przez Wykonawcę odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej, wskazując:

*„Wykonawca obowiązany jest posiadać odpowiednią do realizacji przedmiotu zamówienia Bazę transportowo - magazynową. Powinna ona spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. ”*

Konieczność posiadania przez podmiot odbierający odpady odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej przewidziano również w art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazując, iż:

*„Art. 9d 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia następujących wymagań:*

- 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;*
- 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania*



*odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;*

*3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;*

*4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.”*

Kryteria jakie winna spełniać baza magazynowo — transportowa uszczegółowiono 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).*

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż Wykonawca Błysk przedmiotową bazą nie dysponuje, tym bardziej że siedziba Wykonawcy oddalona jest o kilkadziesiąt kilometrów od miejsca świadczenia usługi.

Nie bez znaczenia pozostaje, iż w przetargu organizowanym przez Zamawiającego w roku 2013 jeden z Wykonawców powziął wątpliwość czy bazy magazynowo - transportowe dwóch wykonawców min. Błysk spełniają w/w kryteria Rozporządzenia, stąd zwrócił się do Zamawiającego w toku postępowania przetargowego o weryfikację tych informacji poprzez wezwanie Wykonawców do wyjaśnień i ewentualne przeprowadzenie kontroli. W toku postępowania przetargowego tych czynności zaniechano, a kontrolę przeprowadzono dopiero po upływie kilku miesięcy, co nie mogło już mieć wpływu na rozstrzygnięcie. Wprawdzie oferty w/w nie mogły zostać wybrane jako najkorzystniejsze ze względu na zaproponowaną przez nich wysoką cenę, ale system prawa zamówień publicznych zapewniający pełną przejrzystość prowadzonych postępowań przetargowych wymaga aby tego rodzaju wątpliwości były wyjaśnione przed rozstrzygnięciem. Przeprowadzone kontrole wykazały nieprawidłowości w spełnieniu warunków ustawowych jakie powinna spełniać baza magazynowo - transportowa, co mogło mieć wpływ na obowiązek zatrzymania wadium.

**Dowód:** *protokół kontroli z 10 kwietnia 2014r. i protokół kontroli z 26.05.2016r.*

W związku z pojawieniem się powyższych wątpliwości, co do spełniania przez dwóch wykonawców m.in. Błysk warunku posiadania odpowiednio usytuowanej bazy magazynowo - transportowej również w tym przetargu, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o weryfikację, czy bazy magazynowo - transportowe w/w Wykonawcy spełniają kryteria określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wykonawca zwrócił się również o podanie adresów baz jako informacji jawnej zarówno na gruncie ustawy Pzp (art. 86 ust. 4) jak również na gruncie ustawy o swobodzie

działalności gospodarczej na podstawie, której jawne są wszystkie miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

Dowód:

- *pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r. ws. baz magazynowo - transportowych*
- *pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2016 r. ws. baz magazynowo - transportowych*
- *pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2016 r. ws. baz magazynowo - transportowych*

Z wnioskiem o udostępnienie adresów baz magazynowo - transportowych m.in. przez Wykonawcę Błysk oraz zweryfikowanie kryteriów wskazanych w *Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości* wystąpiła również Grupa Radnych Miasta Białystok. Pismo to pozostało bez odpowiedzi.

**Dowód:** *pismo grupy Radnych Miasta Białystok z dnia 31 marca 2016 r. do Wiceprezydenta Miasta Białegostoku.*

Pomimo wniosków Odwołującego jak i Radnych Miasta Białystok, Zamawiający nie wskazał adresu bazy magazynowo - transportowej, nie wyjaśnił też wątpliwości co do spełniania przez bazę kryteriów ustawy. Co więcej mimo uzasadnionych wątpliwości Zamawiający zaniechał zwrócenia się do Wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie powyższych rozbieżności. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r. w jego opinii, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wystarczające jest złożenie potwierdzającego to oświadczenia oraz przedłożenie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zaznaczył on również, iż nie ma uprawnień do kontrolowania baz magazynowo - transportowych.

**Dowód:** *pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r. znak: NZM.231.L2016.DM*

Powyższe oznacza, iż sam Zamawiający nie tylko zaniechał wezwania do wyjaśnień co do spełniania warunków określonych w SIWZ ale również, że nie wie on, gdzie znajduje się baza magazynowo - transportowa Wykonawcy Błysk.

Powyższym zagadnieniem zajmowała się już Krajowa Izba Odwoławcza w połączonych sprawach KIO 2298/13, KIO 2299/13, KIO 2320/13. W przetargu na gruncie, którego zawisła sprawa przed KIO Zamawiający wymagał aby Wykonawca dysponował bazą magazynową - transportową, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r, w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Izba dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu powzięła poważne wątpliwości czy przedmiotowa baza spełnia wymagania w/w rozporządzenia, oraz czy składane w tym zakresie oświadczenia konsorcjum wykazują spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. *„Tym samym w sprawie, zdaniem Izby zaistniały uzasadnione wątpliwości w zakresie czy wskazana baza magazynowo transportowa spełnia postawione przez zamawiającego wymagania. W związku z nadmienionymi wątpliwościami Izba nakazała unieważnienie wybór najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, mających na celu wykazanie, że przedmiotowa baza spełnia postawione w SIWZ wymagania. Zdaniem Izby wyjaśnienia, które zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy powinny obejmować co najmniej kwestie dotyczące podstawy do **dysponowania bazą, możliwość wprowadzania ścieków i wód gruntowych z terenu bazy do sieci kanalizacyjno - burzowej, zakresu w jakim przedmiotowa baza będzie wykorzystywana przez wykonawcę itp. Izba wskazał również, że**”* Podkreślenia wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem opartym na dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Jednakże jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do prawdziwości danych zawartych w tych dokumentach czy oświadczeniach, to biorąc pod uwagę obowiązującą go zasadę staranności, winien wyjaśnić, czy podniesione zastrzeżenia są zasadne

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tych wątpliwości czyn naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art, 87 ust. 1 umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 15.2.2013 r. (KIO 214/13, Legalis) jednoznacznie stwierdziła, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty, z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmienią one jej treść.

Zamawiający nie zweryfikował również, czy Błysk złożył zgodne z prawdą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych oświadczeń, stanowi zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podstawę do wykluczenia Wykonawcy od udziału w postępowaniu. Interpretacja powyższego przepisu, w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną

dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „jest winny poważnego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Gdyby okazało się, że Wykonawca Błysk nie dysponuje bazą magazynowo - transportową, która spełnia kryteria wskazane w rozporządzeniu Ministra Środowiska, stanowiłoby to bez wątpliwa poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Wykonawca Błysk nie spełniał również innych warunków udziału w postępowaniu, o czym Odwołujący informował Zamawiającego pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r.

**Dowód:** *pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r.*

Zamawiający wymagał w SIWZ aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego posiadali wpis do rejestru działalności regulowanej stosowanie do wymogów art. 9b ustawy z dnia 13 grudnia 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wymaganie to stanowiło warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z zapisem w Rozdziale 9.5 SIWZ - **Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków**, pkt 1: „**O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadani, to jest;**

- a) *uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Białystok;*
- b) *posiadają uprawnienia do transportu odpadów zgodnie przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 21 ze zm.) ”*  
*Jednocześnie wskazano, iż w celu potwierdzenia powyższego warunku Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty:*
  - a) *aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r., poz, 1399 ze zm.), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;*
  - b) *zezwolenie na transport odpadów zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 21 ze zm.).*

Wykonawca Błysk nie spełnia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Zgodnie z zaświadczeniami Błysk o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Wykonawca ten nie posiada wpisu do rejestru w zakresie odpadów o kodach: 15 01 10, 15 01 11, 17 01 80, 17 03 80, 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 06, 17 04 11, 17 05 08,

17 06 04, 17 08 02. Posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie tych odpadów jest niezbędne do możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, którym jest odbiór odpadów komunalnych. W przypadku braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie odpadów o kodzie 17 01 80, tj. usunięte tynki, tapety, okleiny itp., odpadów o kodzie 17 03 80, tj. odpadowa papa spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł odebrać takich odpadów od właścicieli nieruchomości — czyli nie będzie mógł realizować przedmiotu zamówienia.

Przedłożone przez w/w Wykonawcę zezwolenia na transport odpadów zawiera wszystkie powyższe kody, stąd wobec takiej nieprawidłowości Zamawiający nie mógł przejść obojętnie.

Pomimo wskazania przez Zamawiającego w sposób ogólny, iż usługa polegała będzie m.in. na odbiorze odpadów komunalnych, za które uznano (zgodnie ze słowniczkiem zawartym w SIWZ) odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych, to bez wątpienia odpady o w/w kodach należą do kategorii odpadów komunalnych. Dla prawidłowego zakwalifikowania odpadów takich jak drewno, szkło, tworzywa sztuczne, papa lub tynki, tapety i okleiny nie jest konieczne posiadanie wiedzy specjalistycznej. Natomiast podmiot, który profesjonalnie zajmuje się odbiorem odpadów komunalnych winien legitymować się pełnym katalogiem kodów, a jakiegokolwiek zaniechania w tym zakresie należy traktować jako niedbalstwo.

Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach *działalność w zakresie **odbierania** odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej* \ Art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej *„Jeżeli przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu niniejszej ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i **po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej, z zastrzeżeniem art 75**”*. Zgodnie z 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zawiera między innymi określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych. **Nie jest więc bez znaczenia, jakie odpady (o jakich kodach) wpisane są w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania**

**odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż właśnie te odpady może odbierać podmiot prowadzący działalność.** Podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości nie może więc odbierać odpadów, w zakresie których nie ma wpisu w rejestrze działalności regulowanej.

W związku z powyższym, Wykonawca Błysk z uwagi na brak wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odpadów o w/w kodach, **nie może odbierać tych odpadów, a jednocześnie nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór tychże odpadów.**

Ponadto konieczność posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej co do części w/w kodów tj. 17 04 OL 17 04 02. 17 04 03. 17 04 04. 17 04 06. 17 04 11. 17 05 08. 17 06 04. 17 08 02. potwierdza Załącznik do Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi z dnia 15 maja 2012 r. w postaci kwartalnego sprawozdania sporządzonego przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. We wzorze sprawozdania jednoznacznie wskazano, iż w/w kody jako odpady komunalne należy uwzględnić w sprawozdaniach, a co za tym idzie konieczny jest ich odbiór od mieszkańców. Brak wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie w/w kodów uniemożliwia wykonywania usługi odbioru tych odpadów.

Jak już wskazano powyżej Wykonawca posiada zezwolenie na transport odpadów, w których uwzględniono wszystkie kody. Rozbieżność powyższa wskazuje, iż Wykonawca Błysk nie zdają sobie sprawy jakimi kodami należy się legitymować przy świadczeniu przedmiotowej usługi. Ponadto decyzja na transport w zakresie w/w odpadów nie jest wystarczająca dla możliwości prowadzenia przez Wykonawcę działalności gospodarczej w zakresie **odbierania** wskazanych odpadów od właścicieli nieruchomości. Aby móc prowadzić działalność w zakresie **transportu** odpadów podmiot musi uzyskać **zezwolenie na transport** odpadów. Natomiast, aby móc prowadzić działalność w zakresie **odbierania** odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podmiot musi posiadać **wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania** odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W związku z **nie spełnianiem warunków udziału w postępowaniu Wykonawca Błysk winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego powoduje natomiast naruszenie w/w przepisu.

Ponadto brak wiedzy co do usytuowania bazy magazynowo - transportowej Wykonawcy Błysk nie pozwolił na zweryfikowanie przez Zamawiającego czy zaoferowana przez niego w VI części zamówienia cena spełnia znamiona rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o wszczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do Błysk.

Dowód:

- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 31 marca 2016 r.
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2016 r.

Zamawiający powyższych wątpliwości nie wyjaśnił.

W powyższych pismach Odwołujący wskazywał, iż uwzględniając wymogi OPZ, przy kalkulowaniu oferty należało wziąć pod uwagę co najmniej następujące czynniki:

- 1) **koszt nabycia i amortyzacji pojazdów** - z uwzględnieniem nazwy pojazdów przeznaczonych do pracy na terenie Miasta Białostok, ich wartości, kwot amortyzacji - popartych stosownymi dowodami w tym zakresie: faktury, wyciąg ze środków trwałych, itp.
- 2) **koszt systemu GPS i RFID** — koszt wyposażenia wszystkich samochodów urzędnika do odczytu czipów umieszczanych na pojemnikach, w panele obsługi systemu RFID umieszczone w kabinach pojazdów oraz systemu GPS
- 3) **koszt paliwa** - zawierający szczegółową kalkulację uwzględniającą:
  - trasy przejazdu (baza Wykonawcy - miejsce odbioru według tzw. „trasówki” - Zakład Odbierający - baza Wykonawcy) śmieciarki odbierającej odpady (odrębnie odpady zmieszane, odrębnie surowce wtórne) wraz ze wskazaniem liczby kilometrów. Przy planowaniu trasy przejazdu należy uwzględnić ilość odpadów planowanych do zebrania i wielkość pojazdu;
  - ilości zużytego paliwa - z podaniem nazwy śmieciarki oraz normy zużycia paliwa na 100km trasy wraz ze stosownymi dowodami w tym zakresie: wyciąg ze świadectwa homologacji itp. miejsce tankowania pojazdów;
  - przy obliczaniu zużycia paliwa należy uwzględnić ewentualne dodatkowe terminy odbioru odpadów zmieszanych (zgodnie z ofertą) uwzględniając trasy przejazdu śmieciarki,
  - do wyliczenia wartości zużytego paliwa należy podać cenę hurtową zakupu paliwa oraz doliczyć całkowity koszt utrzymania własnej stacji paliw (płace pracowników, amortyzacja, pozwolenia, badania itp.), wraz ze stosownymi dokumentami w tym zakresie,
- 4) **koszt prowadzenia bazy magazynowo - transportowej**, tj. stałe koszty związane z utrzymaniem bazy na poziomie odpowiadającym wymaganiom przewidzianym w ustawie i rozporządzeniu, z podaniem szczegółowej kalkulacji uwzględniającej w szczególności;
  - koszty osobowe (płace pracowników),
  - podatki,

koszt dzierżawy,

koszty związane z dostosowaniem bazy do potrzeb jej funkcjonowania, w tym remonty, koszt pracy sprzętu na bazie (również z amortyzacją), koszty biurowe, energii elektrycznej, wody i ścieków, z wykazaniem stosownych dowodów w powyższym zakresie.

- 5) **koszt wyposażenia w pojemniki, koszt rozmieszczenia pojemników, koszt mycia pojemników oraz koszt zakupu worków na odpady, wyposażenia MGO** - ze wskazaniem szczegółowej kalkulacji uwzględniającej:

koszt nabycia pojemników, a jeśli są to pojemniki używane, koszt ich amortyzacji i ewentualnych napraw, z przedstawieniem stosownych dowodów w tym zakresie: faktury itp.;

koszt nabycia czipów do systemu RFID, koszt wyposażenia wszystkich pojemników w czipy oraz koszt sparowania rozstawionych pojemników (przypisywanie pojemników do MGO w bazie danych - praca w terenie przy użyciu kolektorów podłączonych do systemu GPS)

ilości i koszt zużytego paliwa - z podaniem nazwy pojazdu, jego wielkość oraz normy zużycia paliwa wraz z dowodami w tym zakresie np.: wyciągu ze świadectwa homologacji itp.

ilość obsługi wykonującej w/w czynności oraz ich kosztów osobowych; koszt mycia pojemników,

koszt zakupu worków, wraz z dowodami w tym zakresie np.: faktury itp.;

- 6) **koszt wynagrodzenia pracowników** - z podaniem wysokości płac z narzutami osób pracujących na potrzeby realizacji zamówienia, z wyszczególnieniem ich zakresu czynności oraz kwot ich wynagrodzenia adekwatnych do wkładu pracy na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia., poparte stosownymi dowodami w tym zakresie np.: zgłoszenie pracowników do ZUS, umowy o pracę, itp.;

- 7) **koszt naprawy pojazdów oraz inne koszty transportowe** - ze wskazaniem kosztu ubezpieczenia pojazdów, podatku drogowego i innych kosztów - poparte stosownymi dowodami w tym zakresie;

- 8) **podatki i opłaty**, np.: podatek od nieruchomości oraz opłaty: skarbowe, notarialne, administracyjne, sądowe, za zniszczenie środowiska, a także opłata za użytkowanie wieczyste (w formie ryczałtu).

9) **pozostałe koszty rodzajowe**, np.: ubezpieczenie majątkowe, podróże służbowe, reklama; osiągnięcie należnego zysku;

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez



zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Pomimo wniosków oraz uzasadnionych wątpliwości co do prawidłowości zaoferowanej przez Wykonawcę Błysk ceny na część VI Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czym naruszył art. art. 89 ust 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Z wyliczeń Odwołującego wynika, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę Błysk na część VI (10.596,304,00 zł) została zaniżona o około 31%

Zamawiający dokonując kalkulacji kosztu usługi, w celu wyliczenia jaką kwotę musi przeznaczyć na zamówienie, poczynił założenia w oparciu o przebiegi pojazdów z miejscem postoju na bazę zlokalizowaną w Białymstoku.

**Dowód;** *pismo Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2016r. i odpowiedź Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2016 r.- szacunkowa wartość zamówienia*

Zamawiający przyjął np. przebieg dzienny śmieciarki - 100 km, tymczasem baza Wykonawcy Błysk jest oddalona od Centrum Białegostoku około 100 km a od granic administracyjnych około 80 km. Dodatkowy przebieg każdego pojazdu to około 160-200 km dziennie. Dojazd każdej z załóg zajmie około 3-3,5 godziny w obie strony stąd efektywny czas pracy skraca się do 4,5- 5 godzin. Nie jest możliwe założenie , że załogi będą pracować w systemie nadgodzin przez okres 24 miesięcy, stąd koniecznym w tej sytuacji jest zwiększenie ilości załóg i samochodów o 30-40% co powoduje zwiększenie kosztów wykonania usługi.

W związku z brakiem wiedzy gdzie znajduje się baza magazynowo - transportowa Wykonawcy Błysk i że znajduje się ona w Białymstoku, koniecznym było przyjąć że baza znajduje się w siedzibie Wykonawcy Łomży, co jak wyżej wskazaliśmy powoduje konieczność doliczenia do oferty dodatkowych kosztów zwiększenia taboru, zatrudnienia pracowników oraz paliwa związane z usytuowaniem bazy poza miejscem świadczenia usługi, i tak:

***Przy założeniu usytuowania bazy w odległości 80 km od Białegostoku do realizacji usługi niezbędne jest posiadanie dodatkowych pojazdów, co wiąże się ze wzrostem***

**wydatków na wynagrodzenie dla obsługujących je pracowników:**

- a) dodatkowej śmieciarki -  $2 \times 3500 \text{ zł} + 4 \times 2800 \text{ zł} = 18200 \text{ zł}$  miesięcznie
- b) dodatkowych dwóch hakowców -  $2 \times 3500 = 7000 \text{ zł}$  miesięcznie
- c) dodatkowego pojazdu skrzyniowego dostępnego przez 2 dni w tygodniu -  $1333 \text{ zł} + 2 \times 1066 = 3465 \text{ zł}$  miesięcznie

Łącznie: 28.665 zł

**II. Wzrost kosztów paliwa**

- a) 7 śmieciarek x 160 km x 21 dni = 23520 km  
100 km - 45 litrów paliwa tj. 10584 litrów x 3,50 zł = 37044 zł
  - b) 8 hakowców x 160 km x 21 dni = 26880 km  
100 km - 30 litrów paliwa tj. 8064 litrów x 3,50 zł = 28224 zł
  - c) 1 pojazd skrzyniowy x 160 km x 8 dni = 1280 km  
100 km - 15 litrów paliwa tj. 192 x 3,50 zł = 672 zł
  - d) 1 pojazd skrzyniowy x 160 km x 21 dni = 3360 km  
504 x 3,5 = 1764 zł
- Łącznie: 67,704 zł**

**III. Inne koszty związane z konieczności zwiększenia taboru**

- a) Amortyzacja śmieciarek - 10.000 zł
- b) Amortyzacja dwóch hakowców - 6.666 zł
- c) Amortyzacja pojazdu skrzyniowego - 633 zł
- d) Ubezpieczenie dodatkowych pojazdów - 500 zł
- e) Koszty serwisowania - 10.952 zł
- f) Koszt utrzymania bazy - 5.000-10.000 zł (przyjmujemy 5.000 zł)

Łącznie: 33,751 zł

**IV. Ponadto należy doliczyć koszty, których nie uwzględnił również Zamawiający w**

**sporządzonej przez niego kalkulacji stanowiącej podstawę kalkulacji wartości przedmiotu zamówienia tj:**

- a) Zakup transporterów na wszystkie pojemniki - 1098 zł
- b) Amortyzacja RFID winna uwzględniać okres 24 a nie 60 miesięcy gdyż czujniki przydatne są tylko w trakcie trwania przetargu w Mieście Białystok, gdyż inne postronne gminy ich nie wymagają, stąd koszt amortyzacji wyniesie - 4112,50 zł

Łącznie: 5.210\*50 zł

Łączną wartość o iaka zaniżono cene to 135.330.5 złotych miesięcznie a wiec 31% wiecei niż pierwotnie podana przez Wykonawcę cena.

Mając na uwadze powyższe, istniały przesłanki aby Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do Wykonawcy Błysk, czego jednak zaniechano. Powyższe wskazuje również na naruszenie przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedoszacowanie wartości zamówienia.

Odwołujący zwraca również uwagę, iż w dniu 19 kwietnia 2016 r. Zamawiający w celu rozwiania wątpliwości co do prawidłowości złożonych przez Wykonawcę Błysk referencji w postaci wykazu usług, zwrócił się do Urzędu Gminy w Piątnicy o potwierdzenie ilości odpadów odebranych przez Błysk w okresie 01,01.2014 r. do 31,12.2014 r. w ramach realizacji zamówienia „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w Gminie Piątница”.

**Dowód:** *pismo Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2016 r. do Gminy Piątница.*

Wątpliwości powstały w związku z rozbieżnością co do ilości odpadów podanej przez Wykonawcę Błysk w wykazie usług i w potwierdzeniu wykonania usług przez Urząd Gminy Piątница względem ilości odpadów podanej w sprawozdaniu złożonym przez Wykonawcę Błysk Marszałkowi Województwa Podlaskiego.

W załączniku nr 5 „Wykaz wykonanych usług” wykonawca Błysk wymienił usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w okresie od 01.01.2014 do 31.12.2014 m.in. w Gminie Piątница - 1392,10 Mg.

Ze sprawozdania „Zbiornicze zestawienia danych o odpadach” dotyczącego 2014 r. złożonego do Marszałka Województwa Podlaskiego wynika, iż podane powyżej wartości są ilością odpadów komunalnych zmieszanych odebranych ze wszystkich posesji w każdej ze wskazanych przez Wykonawcę gmin, tzn. zarówno z posesji zamieszkałych przez mieszkańców jak też z posesji niezamieszkałych . Usługi podane przez Błysk dotyczyły obsługi posesji zamieszkałych w powyższych gminach i nie obejmują posesji niezamieszkałych. W związku z tym podane przez Błysk ilości odpadów są zawyżone, gdyż zgodnie ze sprawozdaniem tegoż wykonawcy ilość odpadów komunalnych odebranych z gospodarstw domowych wynosi odpowiednio - 1295,00 Mg.

Referencje wystawione przez Gminę Piątница zawierały dane potwierdzające dane wskazane w wykazie usług co budziło poważne wątpliwości Odwołującego o czym informował Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 maja 2016 r. (w tym samym dniu, w którym nastąpił wybór oferty Błysk jako najkorzystniejszej) Wójt Gminy Piątница wskazał, iż „masa odpadów wskazana w potwierdzeniu wykonania usług dla firmy BŁYSK nie uwzględnia wszystkich frakcji odpadów

komunalnych odebranych z terenu gminy Piątnica, a podana wówczas liczba wynika ze zbiorczego zestawienia danych za 2014 rok o rodzajach i ilościach zebranych odpadów oraz sposobach gospodarowania nimi przekazanego do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego.” Wójt wskazał dodatkowo, iż „w potwierdzeniu wykonania usług nie określono rodzajów odpadów oraz źródła ich pochodzenia (wytworzenia)”.

**Dowód:** pismo Wójta Gminy Piątnica do Zamawiającego z dnia 4 maja 2016 r.

Powyższa odpowiedź Wójta Gminy Piątnica w żadnej mierze nie rozwiewa wątpliwości co do prawidłowości wystawionych przez niego referencji, mimo to Zamawiający uznał, iż wykonawca Błysk spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w części VI.

Wątpliwości budzą również referencje pozostałych gmin tj. Gminy Kołaki Kościelne, Gminy Śniadowo, Gminy Nowogród oraz Miasta Łomża. Podobnie jak w przypadku Gminy Piątnica, Zamawiający zwrócił się do nich o potwierdzenie ilości odpadów odebranych przez Błysk.

Jednocześnie Wykonawca poprawił swój wykaz usług i ilości odebranych odpadów. Z analizy powyższych dokumentów wynika, iż pojawiają się w nich nieścisłości, które wskazano w poniższej tabeli:

<u>Gmina</u>	<u>Odpady wg wykazu usług i referencji gmin z oferty złożonej przez Błysk</u>	<u>Odpady wg poprawionego wykazu usług przesłanego przez Błysk</u>	<u>Odpady wg odpowiedzi gmin na zapytanie Zamawiającego</u>
<u>Miasto Łomża</u>	<u>14.670,85</u>	<u>14.838,40</u>	<u>14.670,85</u>
<u>Gmina Piątnica</u>	<u>1.392,10</u>	<u>1.518,63</u>	<u>odpowiedzieli wymijająco</u>
<u>Gmina Kołaki Kościelne</u>	<u>234,60</u>	<u>251,00</u>	<u>234,50</u>
<u>Gmina Śniadowo</u>	<u>915,70</u>	<u>857,04</u>	<u>733,00</u>
<u>Gmina Nowogród</u>	<u>416,80</u>	<u>466,194</u>	<u>416,80</u>

Powyższe wskazuje, iż referencje złożone przez Gminy nie potwierdzają ilości odpadów odebranych przez Wykonawcę na co wskazywał Odwołujący w pismach kierowanych do Zamawiającego.

Dowód:

- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2016 r. ws. referencji Błysk
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2016 r. ws. referencji Błysk

Powyższe pisma Odwołującego pozostały bez odpowiedzi, a Zamawiający bezpodstawnie uznał więc, iż Błysk spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy jego oferta winna ulec odrzuceniu.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a zgodnie z pkt 4 tego przepisu, również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podając podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o

udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
  - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
  3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast według art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, w tym konieczności zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych, tj. do wykazania wystąpienia określonych okoliczności faktycznych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”*

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23

kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „*odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych*”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „*Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.*”

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy,



iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

W świetle powyższych rozważań, definicja rażąco niskiej ceny, o której mowa w przesłance odrzucenia oferty i której wystąpienie obliuguje do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, winna brzmieć następująco: rażąco niska cena to cena oferty odbiegająca swoją wartością *in minus* od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Przedmiotem sporu i rozstrzygnięcia Izby w przypadku wszystkich trzech odwołań (w zakresie zarzutów dotyczących ceny rażąco niskiej) nie był fakt wystąpienia w ofertach ceny

rażąco niskiej. Wiążące ustalenie takiej okoliczności skutkujące zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp możliwe byłoby dopiero po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 Pzp. Przedmiotem rozstrzygnięcia było więc w tym przypadku wystąpienie okoliczności, które do wszczęcia takiej procedury zamawiającego by obligowały.

### **Sygn. akt: KIO 728/16**

Zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wezwania wykonawcy KOMA do złożenia wyjaśnień w przedmiocie poziomu ceny ofertowej uznano za niezasadne. Natomiast w treści odwołania – wbrew supozycjom Zamawiającego – nie sformułowano zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty KOMA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W zastanych okolicznościach sprawy cena ofertowa KOMA nie podpada pod żadną z ustawowych przesłanek wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 91 ust. 1 Pzp. Po pierwsze nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w części V zamówienia. Po drugie – wbrew twierdzeniom Odwołania – nie jest niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, a bez doliczenia wartości ewentualnych zamówień uzupełniających.

Odwołujący nie wykazał również żadnych innych, przemożnych okoliczności, które pozwoliłyby poddać w wątpliwość realność ceny ofertowej KOMA, skutkujących koniecznością wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie, a tym bardziej uzasadniałyby powstanie domniemania faktycznego wystąpienia ceny rażąco niskiej. Natomiast okolicznościami takimi nie są podnoszone i wykazywane przez Odwołującego ceny za jakie realizuje usługi obecnie na podstawie umowy z dnia 13 kwietnia 2016 r. zawartej w trybie z wolnej ręki – przedłużającej wykonywanie usług w sektorze V przez Odwołującego. Trudno uznać umowę zawartą w trybie niekonkurencyjnym, w warunkach „monopolu naturalnego” dotychczasowego wykonawcy wynikającego z niewielkiego czasu na jaki umowa ta ma być zawarta, za miarodajną dla cen usług, które można uzyskać na rynku konkurencyjnym. Bardziej przydatną dla oceny podnoszonego zarzutu jest porównanie ceny oferowanej przez KOMA z ceną za jaką Odwołujący wykonywał zamówienie w sektorze V w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego, a która wynosiła 150 zł brutto za 1 mg odbieranych odpadów.

W przedmiocie zarzutów dotyczących błędów w szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego, Izba stwierdza, że formalnie zarzuty te nie mogą być rozpoznane – są zarówno spóźnione, jak też ustalanie wartości zamówienia nie jest czynnością w

postępowaniu, a tylko względem takowych przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania.

Jednakże okoliczności tego typu mogą być wzięte pod uwagę jako okoliczności faktyczne mające znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej.

Izba w tym kontekście stwierdza, że zamawiający mają znaczną dowolność merytoryczną w przedmiocie ustalania wartości swojego zamówienia, a zastosowana w tym przypadku przez Zamawiających metodologia jej wyznaczenia nie narusza jedynego ustawowego kryterium i wskazówki takiego szacowania – należytej staranności.

Wyliczenie szacunkowej wartości zamówienia dokonane przez Zamawiającego nie zawierało żadnych „błędów matematycznych” skutkujących jej podwyższeniem do poziomu, w którym byłaby wyższa od ceny oferty wybranej o 30%. Zamawiający jak najbardziej prawidłowo przyjął do swoich szacunków ograniczenie kosztów monitoringu i systemu RFID do amortyzacji w okresie wykonywania zamówienia. Natomiast korekta błędu w mnożeniu kosztów utrzymania pojemników skutkuje podniesieniem szacunkowej wartości zamówienia w sektorze V w tym zakresie z kwoty 16679,22 zł na kwotę 166783,19 zł. Jest to wartość tak marginalna dla ostatecznej wartości zamówienia, że w żaden sposób nie zmienia oceny tej wartości i jej stosunku do ceny oferty wybranej.

Izba uwzględniła wszystkie dowody wnioskowane przez strony, a ich ocena doprowadziła do konkluzji wyrażonych powyżej.

W przedmiocie zarzutów, iż wykonawca KOMA podał nieprawdziwe informacje, co do posiadania bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymagania Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz że w związku z nieposiadaniem bazy magazynowo transportowej spełniającej wymagania w/w rozporządzenia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdza, co następuje.

Powyższe zarzuty są bezpodstawne, a nawet bezprzedmiotowe - odnoszą się do faktów, które nie mogą być zweryfikowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz stwierdzone w postępowaniu przed Izbą.

Po pierwsze Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie postawił żadnych warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania bazy magazynowo-transportowej. Wskazywany w treści odwołania pkt 3.3 SIWZ Tom III dotyczy wymogów związanych z realizacją zamówienia i na etapie jego realizacji będzie

egzekwowany. Dopiero na etapie realizacji zamówienia okaże się czy wybrany wykonawca wywiąże się ze swoich zobowiązań i tego typu wymagania spełni.

KOMA nie wykazywała więc i nie musiała wykazywać spełniania warunków udziału w postępowaniu, których w SIWZ nie postawiono. Zastosowanie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jest w tym przypadku nieuprawnione.

Równie bezprzedmiotowy jest zarzut podania nieprawdziwych informacji na temat posiadania bazy magazynowo-transportowej na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. W dokumentach przetargowych nie wymagano podawania żadnych informacji w tym przedmiocie. Skoro więc wykonawca nie podaje żadnych informacji na temat swojej bazy magazynowo-transportowej wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a wymagania pkt 3.3 SIWZ Tom III definiują jego przyszłe zobowiązanie, a nie oświadczenie lub informacje na temat stanu obecnego, to nie może on podać w tym zakresie żadnych nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

### **Sygn. akt: KIO 728/16**

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy KOMA z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu lub podania informacji nieprawdziwych w tym zakresie, w związku z brakiem odpowiedniej, tj. spełniającej wymagania adekwatnych przepisów, bazy magazynowo-transportowej, pełną adekwatność zachowuje stanowisko wyrażone w tym przedmiocie w części uzasadnienia dotyczącej odwołania KIO 728/16.

Według postanowień SIWZ przedmiotowe zamówienie skierowane było do wykonawców powiadających wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 grudnia 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Mianowicie zgodnie z rozdz. 9.5, pkt 1 SIWZ dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, to jest:

- a) uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Białystok;”

Jednocześnie wskazano, iż w celu potwierdzenia powyższego warunku Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty: „aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 1399 ze zm.), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”

Wykonawca KOMA rzeczony wpis uzyskał i przedłożył wymagane w SIWZ urzędowe zaświadczenie w tym zakresie. Wykonawca wykazał więc spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ w sposób w SIWZ przewidywany.

Warunki i sposób wpisu do rejestru prowadzącego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta określają przepisy art. 9b i 9c ww. ustawy. Do wniosku o wpis dołącza się m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Natomiast zgodnie z art. 9d ust. 1 pkt 4 podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.

W świetle powyższego posiadanie bazy magazynowo-transportowej nie jest i nie było warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu. Posiadanie bazy jest natomiast okolicznością warunkującą możliwość uzyskania wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący usiłuje wykazać, że w związku z brakami posiadanej bazy transportowo-magazynowej wpis do rejestru działalności regulowanej został w tym przypadku uzyskany przez KOMA bezprawnie i jako taki nie powinien być uznawany za potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. *De facto* więc Odwołujący dąży do zbadania w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a w konsekwencji w postępowaniu odwoławczym) okoliczności warunkujących wpis w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i wpis ten podważyć. Niejako pośrednio (z braku w treści SIWZ konkretnego warunku udziału w postępowaniu, do którego mógłby się odnieść) Odwołujący podnosi, że z powyższych względów KOMA nie spełnia ustawowego warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności i złożyła fałszywe oświadczenie w tym zakresie.

Warunki i sposób procedowania przy dokonaniu wpisu w rejestrze oraz wykreślenia określają ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. W przypadku, gdy Odwołujący kwestionuje zasadność wpisania KOMA do przedmiotowego rejestru powinien zakwestionować decyzję/postanowienie o wpisie lub brak wykreślenia z rejestru, w stosownym trybie przewidywanym przez te przepisy, zwracając się do właściwego w sprawie organu administracji (w tym przypadku Prezydenta Miasta Białostok, wykorzystując instrumenty przewidziane w Kpa oraz ustawie o postępowaniu przed sądami administracyjnymi w przypadku bezczynności organu lub

załatwieniu sprawy niezgodnie z przepisami prawa). Natomiast jeżeli w jego ocenie przy ubieganiu się o wpis lub jego dokonywaniu, doszło do popełnienia przestępstwa i którejkolwiek osobie można w tym zakresie przypisać odpowiedzialność, Odwołujący powinien się zwrócić z doniesieniem do organów ścigania (co zresztą uczynił), w celu umożliwienia im poczynienia wiążących ustaleń w tym zakresie.

W świetle art. 192 ustawy Izba może nakazać zamawiającemu dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przepisy nie przewidują natomiast nakazywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu administracyjnym, nawet w przypadku gdy pomiędzy organem administracji oraz zamawiającym zachodzi podmiotowa tożsamość. Ingerowanie w postępowanie administracyjne, w szczególności podważanie ważności decyzji administracyjnych, nie mieści się w kompetencjach Izby. Z tego względu, nawet w przypadku wystąpienia podejrzeń, co do nieprawidłowości danej decyzji administracyjnej, która potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba nie ma żadnych instrumentów, aby ją podważyć i uznać za niewywierającą skutków prawnych, które z niej wynikają.

Izba jeszcze raz stwierdza, że dopóki wykonawca posiada ważny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, powinien być uznawany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, do których wpis się odnosi i które potwierdza. W konsekwencji Wykonawca może również składać oświadczenia, że warunki te spełnia. Innymi słowy: do momentu, gdy wpis KOMA do rejestru działalności regulowanej pozostawał będzie aktualny i niewzruszony w stosownym trybie, wykonawca spełniał będzie warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadanych uprawnień. Natomiast ewentualnie nieprawdziwe informacje w zakresie posiadania bazy magazynowo-transportowej nie zostały podane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w postępowaniu administracyjnym poprzedzającym uzyskanie wpisu.

W związku z powyższym Izba pominęła wszystkie dowody zmierzające do wykazania niespełnienia przez KOMA warunków uzyskania wpisu w ww. rejestrze dotyczące bazy transportowo-magazynowej. Jak już wskazano, postępowanie odwoławcze nie służy wzruszaniu decyzji administracyjnych (lub urzędowych zaświadczeń), które przedkładane są w postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca KOMA spełnia również warunki udziału w postępowaniu dotyczące wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Dla przypomnienia, zgodnie z rozdz. 9.5 pkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Białystok, także potwierdzenia powyższego aktualnym zaświadczeniem o wpisie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wymagał więc wykazania w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przedłożenie wpisu do ww. rejestru „w zakresie objętym przedmiotem jego zamówienia”. Tym samym dla rozstrzygnięcia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę KOMA kwestią główną pozostaje ustalenie zakresu przedmiotowego zamówienia oraz jego stosunku do kodów odpadów, do których odbierania uprawniona jest KOMA.

Zgodnie z pkt 4.1 SIWZ opis przedmiotu zamówienia obejmuje w tym przypadku odbiór odpadów komunalnych – w sposób opisany we wzorze umowy (Tom II SIWZ), Opisie Przedmiotu Zamówienia (Tom III), pozostałych załącznikach do wzoru umowy oraz obowiązujących w tym zakresie przepisach prawa.

W pkt 1.1 ppkt 8) OPZ – Tom III SIWZ, odpady komunalne zdefiniowano jako odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pewnych odpadów. Przedmiotu zamówienia – rodzaju odpadów, które będą odbierane w jego ramach – nie opisuje się w SIWZ za pomocą kodów odpadów.

Według § 2 pkt 20 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów, odpady komunalne to odpady z grupy 20 (kod odpadów). Żadnych innych odpadów (z innych grup i o innych kodach) w przepisach ww. rozporządzenia nie kwalifikuje się w ten sposób.

Zaświadczenie przedłożone przez KOMA wraz z ofertą potwierdza wpis do rejestru uprawniający do obioru odpadów o stosownych kodach z grupy 20.

W świetle powyższego wpis do rejestru wykonawcy KOMA należy uznać za odpowiadający opisanym warunkom udziału w postępowaniu i potwierdzający ich spełnianie – przedmiot zamówienia obejmuje odpady komunalne, a wykonawca legitymuje się uprawnieniem do odbierania odpadów komunalnych.

Po pierwsze tego typu interpretacja zawartości przedmiotu zamówienia jest interpretacją autentyczną prezentowaną przez Zamawiającego. Należy przyjąć, że Zamawiający wie najlepiej odbiór jakich odpadów zamierza zakontraktować w ramach przedmiotowego przetargu. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że jego przedmiot zamówienia nie obejmuje odbioru wskazywanych przez Odwołującego odpadów o kodach 15 (rozmaitych odpadów niebezpiecznych) oraz 17 (różnych odpadów budowlanych, które winny

być oddawane do PSZOK), a literalne brzmienie SIWZ wcale takiemu stanowisku Zamawiającemu nie przeczy. Ponadto jego stanowisko wzmacnia odwołanie do prawa miejscowego – Regulaminu Utrzymania Czystości Miasta Białystok, zgodnie z którym zbiórka odpadów komunalnych w Gminie Białystok przez jej samorząd jest organizowana, a przedmiotowe zamówienie jest jej częścią.

Po drugie, w myśl ustalonego orzecznictwa Izby jakiegokolwiek wątpliwości i niejasności postanowień dokumentów przetargowych należy rozstrzygać na korzyść wykonawców oraz w celu zwiększenia konkurencji w postępowaniu. Natomiast w tym przypadku opis przedmiotu zamówienia wcale jasno nie określa, że dotyczy również odpadów z innych grup niż obejmująca odpady komunalne grupa 20, na którą literalnie wskazuje opis przedmiotu zamówienia, a które dopiero ewentualnie, w związku z różnymi interpretacjami i konwencjami nazewniczymi i dla różnych szczególnych celów, mogą być traktowane jako komunalne i jednocześnie klasyfikowane w innych grupach.

Po trzecie powyższym konstatacjom nie przeczą interpretacje Ministerstwa Środowiska powoływane przez Odwołującego, które nie obejmowały interpretacji przedmiotowych dokumentów przetargowych – ustalenia zakresu przedmiotu zamówienia oraz znaczenia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym Izba w pełni zgadza się ze wszystkimi tezami zawartymi w pismach MOS i nie zamierza z nimi polemizować – dla odbierania odpadów zakwalifikowanych do danych kodów potrzebny jest wpis do rejestru kody te uwzględniający, a faktyczne odbieranie odpadów o kodach, których we wpisie nie uwidoczniło, może spowodować zakaz wykonywania działalności polegającej na odbieraniu odpadów.

Natomiast jak już wskazano powyżej, w ramach własnej kognicji Izba ustaliła i stwierdziła, że zastany przedmiot zamówienia nie dotyczy odpadów z grup 15 i 17 wskazywanych przez Odwołującego. Wykonawca KOMA spełnia więc warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że ewentualne, faktyczne odbieranie odpadów o innych kodach niż obejmuje przedmiot zamówienia oraz zakres wpisu wykonawców, powinno być uznane za sprzeczne z warunkami wpisu oraz przede wszystkim niezgodne z umową w sprawie zamówienia oraz warunkami prawa miejscowego.

W przedmiocie zarzutów dotyczących podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej Izba wskazuje, że cena oferty KOMA w sektorze II, którego dotyczy odwołanie, nie odbiega znacząco od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz średniej ceny złożonych ofert (w obu przypadkach ok. 15%). Ponadto wyliczenia Odwołującego na temat kosztów



Przystępującego zostały oparte o fałszywe założenie usytuowania bazy, w oparciu o którą wykonywane będzie zamówienie, w Elku, i z tej racji nie są warte rozpatrywania.

Co do zarzutu zaniżenia szacunkowej wartości zamówienia, w ślad za uzasadnieniem w sprawie KIO 728/16 Izba wskazuje, że formalnie zarzuty takie nie mogą być rozpoznane – są zarówno spóźnione, jak też ustalanie wartości zamówienia nie jest czynnością w postępowaniu, a tylko względem takowych przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. I jakkolwiek okoliczności tego typu mogą być wzięte pod uwagę jako okoliczności faktyczne mające znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej – to w tym przypadku Izba nie dopatrzyła się żadnych wad w metodologii szacowania wartości zamówienia opisanej w dokumencie „Instrukcja do szacunku własnego kosztów odbioru odpadów ...” załączonym do „SZACUNKOWEJ WARTOŚCI ZAMÓWIENIA” z 11.02.2016 r., które zdyskwalifikowałyby szacunki Zamawiającego jako odniesienie dla badania cen ofert złożonych w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia okoliczności skutkujących koniecznością nakazania Zamawiającemu przeprowadzenia czynności, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

### **Sygn. akt: KIO 802/16**

Zarzuty odwołania dotyczące warunków udziału w postępowaniu ze wskazaniem na posiadaną przez wykonawcę BŁYSK bazę transportowo-magazynowej i kody odpadów wpisane do rejestru działalności regulowanej oraz zarzuty dotyczące zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej, oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku odwołania KIO 741/16 – z uwzględnieniem wszelkich różnic w stanie faktycznych odnoszącym się do wykonawcy wybranego w części VI zamówienia, które w tym przypadku jeszcze bardziej przesądzały o niezasadności tych zarzutów.

Odnosnie ceny rażąco niskiej należy dodać, że wyliczenia oparte na założeniu położenia bazy wykonawcy w Łomży są nieuprawnione, a szacunkowa wartość zamówienia i średnia arytmetyczna złożonych ofert były niższe od ceny oferty wybranej.

Dowody dotyczące bazy magazynowo-transportowej oddalono jako bezprzedmiotowe ze względów opisanych w uzasadnieniu KIO 741/16.

Oddalono również zarzuty odwołania dotyczące niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do ilości odebranych odpadów.

Zgodnie z pkt. 9.5 ppkt 2 SIWZ o udzielenie zamówienia w części VI mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy odebrali min. 17 000 Mg odpadów.

Wykonawca Błysk wykazał odebranie większej ilości odpadów – w każdym przypadku, tj. niezależnie od drobnych różnic w podawanych ilościach pomiędzy przedstawianymi wykazami, referencjami i kartami odpadów. Natomiast mnożone przez Odwołującego „wątpliwości” w żaden sposób nie wpływają na ocenę doświadczenia wybranego wykonawcy jako przewyższającego ilościowe limity odpadów określone przez Zamawiającego.

Zresztą Odwołujący opisując zarzut w treści odwołania nie wskazał nawet, którego warunku udziału w postępowaniu Błysk nie spełnia oraz w jaki sposób (jakiego/ile doświadczenia mu brakuje).

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....