

**WYROK**

**z dnia 18 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie **18 kwietnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **3 kwietnia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, Remondis Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne z terenu Gminy Ziębice* (nr postępowania ZP.271.1.2.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Ziębice**

przy udziale wykonawcy: **FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, Remondis Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, Remondis**

**Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** zasądza od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach, Remondis Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie** na rzecz **zamawiającego Gminy Ziębice** kwotę **3567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Świdnicy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ziębice prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Świadczenie usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne z terenu Gminy Ziębice* (nr postępowania ZP.271.1.2.2018)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 października 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S\_205 pod poz. 423314.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 marca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich {dalej również: „FBSerwis”}, o czym zawiadomił wykonawców biorących udział w prowadzonym postępowaniu.

29 marca 2018 r. Odwołujący Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach sp. z o.o. z siedzibą w Ziębicach i Remondis Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Oławie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum ZUK” lub „Odwołujący”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty FBSerwis, względnie zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 – przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, w szczególności wobec nieuzasadnionego przyznania FBSerwis dodatkowych 30 pkt w ramach kryterium pozacenowego.
2. Art. 91 ust. 2d – przez nieprecyzyjne opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} kryterium oceny ofert nr 3, co skutkowało umożliwieniem wykonawcom składającym oferty przedstawienie w charakterze dowodu potwierdzającego spełnienie tego kryterium pojazdów niespełniających wymagań stawianych przez Zamawiającego.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty, która w swojej

treści stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

4. Art. 32 ust. 1 – przez dokonanie oszacowania wartości zamówienia w sposób dowolny, bez dochowania należytej staranności, w szczególności bez poszanowania odnośnych przepisów ustawy pzp.
5. Art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 – przez dokonanie wadliwego i niezgodnego z ww. przepisami oszacowania wartości zamówienia przy zastosowaniu dowolnej i sprzecznej z prawem metody obliczania wartości szacunkowej.
6. Art. 90 ust. 1 – przez jego niezastosowanie i odstąpienie od zbadania oferty FBBSerwis pod kątem ceny usług jako potencjalnie rażąco niskiej w sytuacji gdy Wykonawca ten kalkulując cenę oferty założył stosowanie urządzeń niespełniających zarówno oczekiwań Zamawiającego, jaki i również norm wynikających z odnośnych przepisów prawa, a mających istotny wpływ na wysokość wyliczonej ceny oferty.
7. Art. 90 ust. 1 – przez odstąpienie od zbadania oferty FBBSerwis pod kątem ceny usługi jako rażąco niskiej w sytuacji, gdy elementy składowe ceny są na poziomie nierealnym do zbilansowania z zakładanym zyskiem.
8. Art. 7 ust. 1 – przez wybór oferty FBBSerwis, która powinna zostać znacznie niżej oceniona lub wręcz odrzucona, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
9. Art. 7 ust. 3 – przez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy pzp, co prowadzić może do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jej przepisami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania ofert, ze szczególnym uwzględnieniem złożonych przez FBBSerwis oświadczeń i dokumentów uzasadniających przyznanie punktacji w kryteriach pozacenowych.
3. Odrzucenia oferty FBBSerwis, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
4. Wyboru wykonawcy zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp.

W uzasadnieniu odwołania zrelacjonowano następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

W warunkach udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców (dział V lit. c) odnośnie potencjału technicznego, jakim winien

dysponować wykonawca przystępujący do postępowania, określono, że winien on dysponować min. 2 pojazdami przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, 2 pojazdami przystosowanymi do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Przy czym w odniesieniu do tych pojazdów, powiązano je z aspektem środowiskowym, do którego odniesiono się w kryterium oceny ofert (dział XIV pkt 1 ppkt 3 SIWZ) określonego jako *emisja spalin pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych – świadczenie usługi przy pomocy co najmniej jednego pojazdu spełniającego normę EURO VI*. Dalej uszczegółowiono (w pkt 3 ppkt 3), że kryterium to dotyczy pojazdów specjalistycznych przystosowanych do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych, przyznając temu kryterium wagę 30 pkt.

FBSerwis wskazał w formularzu JEDZ jako potencjał techniczny, którym dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia, łącznie 5 pojazdów, w tym 2 szt. określono jako przystosowane do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, a kolejne 2 szt. określono jako przystosowane do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Piąty pojazd, KS Opel DWR 9285C Euro 6, wskazany na potrzeby oceny w powyżej przywołanym kryterium, został określony jako pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

W toku badania oferty FBSerwis Zamawiający pismem z 6 marca 2018 r. wezwał tego Wykonawcę do udokumentowania, że wskazany pojazd marki Opel: po pierwsze – jest pojazdem specjalistycznym przystosowanym do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych; po drugie – jest pojazdem spełniającym normę Euro VI; po trzecie – posiada konstrukcję, która zabezpiecza przed niekontrolowanym wydostawaniem się na zewnątrz odpadów podczas ich transportu; jednocześnie domagając się przeprowadzenia wizji lokalnej w terenie tego pojazdu.

W odpowiedzi w piśmie z 8 marca 2018 r. Wykonawca przedłożył dokumentację fotograficzną tego pojazdu. Jednocześnie „z daleko posuniętej ostrożności” wskazał, że pojazd spełnia wszystkie wymogi określone w kryterium, tj. (i) jest pojazdem specjalistycznym przystosowanym do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych; (ii) jest pojazdem spełniającym normę Euro VI. Asekurując się jednocześnie przywołanymi przez siebie postanowieniami SIWZ i podnosząc, że wszystkie warunki przyznania punktów zostały definitywnie określone w brzmieniu SIWZ ustalonym przez Zamawiającego, w tym w wyjaśnieniach SIWZ z 15 lutego 2018 r., a także podkreślając, że nie jest możliwe kształtowanie nowych warunków na tym etapie postępowania.

Odwołujący zarzucił, że wskazany przez FBSerwis pojazd marki Opel nie spełnia

warunku określonego przez Zamawiającego.

Według Odwołującego kluczowe znaczenie ma wymóg dysponowania spełniającym normę Euro VI pojazdem specjalistycznym, co jego zdaniem pominął w swoich wyjaśnieniach FBSerwis.

Odwołujący wywiódł, że należy odwołać się do definicji pojazdu specjalistycznego (którego prawidłowa nazwa to „pojazd specjalny”) wskazanej w art. 2 pkt 36 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1260), z której wynika wprost, że jest to pojazd samochodowy lub przyczepa przeznaczone do wykonywania specjalnej funkcji, która powoduje konieczność dostosowania nadwozia lub posiadania specjalnego wyposażenia.

Odwołujący dodał, że dalszą wykładnię tej definicji zawiera m.in. wyrok WSA w Olsztynie z 10 sierpnia 2017 r. (sygn. akt I SA/OI 390/17), w którym sąd wskazał, że aby uznać pojazd za specjalny w rozumieniu art. 2 pkt 36 ustawy Prawo o ruchu drogowym, dostosowanie pojazdu do specjalnej funkcji musi być tego rodzaju, że wyklucza używanie go do innych funkcji, zwykle związanych z rodzajem pojazdu. Natomiast NSA w wyroku z 25 listopada 2016 r. (sygn. akt I GSK 117/15) stwierdził, że samo posiadanie wyposażenia w postaci naklejenia np. biało-czerwonych pasów odblaskowych na błotniki i drzwi, zamontowania pomarańczowego światła błyskowego i włożenia do bagażnika dodatkowego wyposażenia w postaci gaśnicy, akumulatora, przewodów rozruchowych, kanistra na paliwo, kilku rodzajów oleju, dużej walizki z narzędziami jest niewystarczające dla uznania danego pojazdu za samochód o specjalnym przeznaczeniu. Modyfikacje te nie są bowiem na tyle istotne, by zmienić zasadnicze przeznaczenie pojazdu w rozumieniu Nomenklatury Scalonej. Innymi słowy zakres zmian w pojeździe specjalnym musi się odnosić do jego zasadniczych cech charakterystycznych, uniemożliwiających inne wykorzystanie. Z kolei w wyroku z 20 maja 2016 r. (sygn. akt II FBK 1044/14) NSA posłużył się konkretnymi przykładami, zaliczając do nich pojazdy przystosowane do oczyszczania dróg i zimowego utrzymania dróg, pojazdy stanowiące ruchome urządzenia (koparki, koparko-spycharki, podnośniki, agregaty) lub służące do prowadzenia określonej działalności (ambulatoria, pożarnicze, pomocy drogowej, pogotowie techniczne, kina ruchome, sklepy, radiofoniczne, do prac wiertniczych, laboratoria techniczne, bankowozy, sanitarne).

Zdaniem Odwołującego z oczywistych względów do tej samej grupy pojazdów zaliczają się pojazdy przystosowane do odbioru odpadów (potocznie określane mianem „śmieciarek”). Odwołujący oświadczył, że sam – jak to określił, „a contrario pojazdu przedstawionego przez FBSerwis” – wskazał spełniające normę Euro VI śmieciarki bezpyłne (Mercedes, Scania), które bezdyskusyjnie wypełniają definicję pojazdu specjalnego (specjalistycznego).

Odwołujący podniósł, że „powyższe” koreluje z dyspozycją wynikającą z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów z dnia 7 października 2016 r. (Dz.U. poz. 1742), który to przepis jednoznacznie wskazuje, że transport odpadów odbywa się w sposób uniemożliwiający rozprzestrzenianie się odpadów poza środki transportu, w szczególności ich wysypywanie, pylenie i wyciek, oraz ograniczający do minimum uciążliwość zapachową. Jednocześnie rozporządzenie w § 9 ust. 1 mówiąc o środkach transportu, odsyła do definicji z ustawy Prawo o ruchu drogowym, co według Odwołującego potwierdza jego stanowisko.

Odwołujący zarzucił, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 91 ust. 2d pzp, przez brak precyzji i jednoznaczności stosowanych określeń, co pozwalało na zbyt dużą swobodę celowej lub mimowolnej interpretacji tych określeń przez wykonawców, co potencjalnie może prowadzić również do naruszeń art. 29 pzp.

Odwołujący stwierdził, że pragnie również zwrócić uwagę na nieprawidłowości dotyczące metod oszacowania wartości udzielanego zamówienia.

Odwołujący podał, że według treści protokołu ZP-PN szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na podstawie „planowanych kosztów przewidywanej ilości odpadów komunalnych do odebrania z terenu Gminy Ziębice na podstawie faktycznej ilości odebranych odpadów i cen za odbiór odpadów w 2017 r.”.

Odwołujący zarzucił, że oszacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego dokonane zostało z oczywistym naruszeniem art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy pzp, gdyż są to usługi powtarzające się okresowo, dla których art. 34 ust. 1 pzp wskazuje dwa sposoby obliczania wartości zamówień, z których właściwy w tym przypadku byłby pierwszy, polegający na uwzględnieniu zamówień udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, czyli na podstawie zamówień udzielonych w ostatnim roku lub roku budżetowym z zastosowaniem waloryzacji. Odwołujący dodał, że prawidłowa metodologia wyliczenia wartości szacunkowej sprowadza się tutaj do ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy realizującego usługi tego samego typu w terminie poprzedzających 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, a Zamawiający winien odnieść się zatem do umów regulujących tożsame świadczenia w takim okresie.

Według Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zastosowana przez Zamawiającego metoda nie pokrywa się z żadną z opisanych w art. 34 pzp, stąd istnieje duże prawdopodobieństwo, że Zamawiający bazując na błędnym oszacowaniu i nie mając właściwego punktu odniesienia, przyjął zaproponowaną rażąco niską cenę jako właściwą.

Zdaniem Odwołującego okoliczność, że oferta FBSerwis nie wypełnia znamion rażąco niskiej ceny w stosunku do prawdopodobnie zaniżonej wartości szacunkowej zamówienia, nie usprawiedliwia braku reakcji Zamawiającego na przedstawienie w ofercie ceny nierynkowej i ewidentnie zaniżonej.

Jak to Odwołujący stwierdził, nie może ponosić negatywnych konsekwencji związanych z pierwotnie niewłaściwą i zaniżoną wyceną zamówienia. W takim przypadku każdy z zamawiających mógłby, w celu uniknięcia zarzutu zaniechania obligatoryjnego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zaniżyć wartość szacunkową, a następnie wskazywać zupełnie inną, istotnie wyższą kwotę jaką przeznaczył na realizację zamówienia. A wykonawcy zostaliby pozbawieni możliwości weryfikacji działań takich zamawiających.

W przekonaniu Odwołującego w związku z dotychczasowym realizowaniem zamówienia tylko on może dokonać pewnych szczególnych oszczędności, a jego oferta powinna stanowić dla Zamawiającego pewien punkt odniesienia dla oceny pozostałych ofert.

Odwołujący wskazał również na potencjalny związek pomiędzy potencjałem technicznym, jaki został skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia (w tym pojazd niebędący pojazdem specjalnym), a zaoferowaną ceną. Według Odwołującego nie wymaga odrębnego dowodzenia, że oszczędności na kosztach realizacji świadczenia przekładają się na możliwość zaoferowania ceny znacznie niższej niż u wykonawców rzetelnie podchodzących do wymagań Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego cena oferty FBSerwis jest irracjonalna i wynika z ewidentnie zaniżonej ceny odbioru i zagospodarowania 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, stanowiącej, ze względu na szacowaną przez Zamawiającego ilość tych odpadów w okresie trwania umowy, istotny składnik cenotwórczy.

Odwołujący podał, że FBSerwis ustalił stawkę 474,90 zł/1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych, co po uwzględnieniu opłaty w wysokości 415,80 zł/1 Mg za przyjęcie odpadów do zagospodarowania przez Zakład Gospodarowania Odpadami GAĆ sp. z o.o. {na dowód załączono do odwołania cennik tego podmiotu}, do którego odpady według treści oferty mają być dostarczane, że stawka za transport 1 tony tych odpadów została ustalona na poziomie 59,10 zł. Odwołujący dodał, że przy transporcie tych odpadów do stacji przeładunkowej w Wąwolnicy, stawka ta spada do 37,50 zł.

Odwołujący zarzucił, że taka cena jest nierealna, gdyż stanowi wynagrodzenie znacznie poniżej wysokości ponoszonych przez Wykonawcę kosztów, nawet po uwzględnieniu wykorzystania do realizacji zamówienia sprzętu mniej zaawansowanego technologicznie niż wynika to z należytej staranności profesjonalnego wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że FBSerwis w przetargu na odbiór odpadów w Gminie Oława, posiadając przy tym bazę zlokalizowaną w Oławie, kwestionował jako rażąco niską cenę



określoną przez innego wykonawcę na poziomie 244 zł/1 Mg, a więc prawie czterokrotnie wyższą.

Odwołujący zgłosił jako dowód zasadności swoich twierdzeń opracowaną przez siebie kalkulację minimalnych kosztów bezpośrednich transportu 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych w dwóch wariantach, pierwszy – przy założeniu bezpośredniego kierowania tych odpadów do RIPOK w Gaci, drugi – przy założeniu korzystania ze stacji przeładunkowej w Wąwolnicy, do której będzie wykonywany transport zmieszanych odpadów komunalnych {tabela na 1 stronie została załączona do odwołania}.

Odwołujący podniósł, że na tym etapie postępowania jedyny spoczywający na nim ciężar dowodowy dotyczy wykazania, że Zamawiający winien był powziąć wątpliwość co do ceny oferty FBSerwis, gdyż podstawą zwrócenia się o wyjaśnienia stanowi uzasadniona wątpliwość, czy za taką cenę zamówienie zostanie wykonane zgodnie z jego opisem oraz bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym przy użyciu odpowiednich środków technicznych, sprzętowych, osobowych i czasowych, z zachowaniem określonych norm i standardów.

Odwołujący ponownie wskazał na związek pomiędzy potencjałem technicznym, jaki został skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia, a ceną oferty tzn., że oszczędności na kosztach realizacji świadczenia przekładają się na możliwość ustalenia ceny na niższym poziomie niż wykonawcy, którzy rzetelnie podeszli do wymagań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił, że takie praktyki FBSerwis wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, który winien być przez Zamawiającego wykryty i napiętnowany odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, gdyż dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie potrzeba, aby towarzyszył mu zamiar. Hipotezą art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 199 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji objęte są tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami lub prawem, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, przy czym ustawa ta reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1), co oznacza, że jej przepisy znajdują zastosowanie między konkurującymi ze sobą przedsiębiorcami. Ponadto grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co istotne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów.

Odwołujący wskazał również na art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 pzp, jako stanowiące odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, co oznacza, że wykluczeniu wykonawcy za wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przekazywaniu informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu nie musi towarzyszyć wykluczenie za niewykazanie spełniania tych warunków, poprzedzone zastosowaniem art. 26 ust. 3 pzp. Ratio legis tych uregulowań jest bowiem eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego lub którzy czynią to na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Zastępowanie informacji nieprawdziwych prawdziwymi należy zatem uznać za niedopuszczalne.

17 kwietnia 2018 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości i odniósł się do poszczególnych zarzutów.

3 kwietnia 2018 r. Zamawiający przesłał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

6 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a szczegółowo swoje stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów skonkretyzował w złożonym na posiedzeniu 18 kwietnia 2018 r. piśmie procesowym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia w całości postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie**

**i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, skarżąc zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, względnie zaniechanie czynności zbadania tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 2 listy zarzutów odwołania}

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z ust. 2 tego art. wynika, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu (pkt 3). Natomiast ust. 2d. tego art. stanowi, że zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Żaden ze sformułowanych w odwołaniu zarzutów naruszenia powyższych przepisów nie potwierdził się.

Odwołujący bezpodstawnie utożsamia termin „pojazd specjalistyczny” użyty w opisie kryterium oceny ofert obowiązującym w tym postępowaniu z terminem „pojazd specjalny”, o którym mowa w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym ( t.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 1137 ze zm.) {dalej również: „Prawo o ruchu drogowym”}. W odwołaniu drobiazgowo i adekwatnie przedstawiono znaczenie prawne tego terminu ustalone w szczególności dzięki orzecznictwu sądów administracyjnych. Jednakże ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika nawet pośrednio, aby intencją Zamawiającego było wymaganie, aby odbiór i transport odpadów odbywał się pojazdami specjalnymi w takim rozumieniu.

Umknęło jednak uwadze Odwołującego, że zarówno na poziomie definicyjnym, jak i skonkretyzowania przykładów nieprzypadkowo w przywoływanych przez niego orzeczeniach sądów administracyjnych nigdzie nie opisano lub wymieniono pojazdu do odbioru i transportu śmieci (potocznie powszechnie nazywanego śmieciarką), choć

wskazano tak specyficzne i dużo rzadziej w praktyce spotykane pojazdy jak kina ruchome czy mobilne laboratoria techniczne. Według orzecznictwa sądów administracyjnych śmieciarki nie zaliczają się do pojazdów specjalnych w rozumieniu Prawa o ruchu drogowym. Odwołujący przemilczał, że w następnym zdaniu fragmentu uzasadnienia wyroku z 21 maja 2014 r. (sygn. akt II FBK 1437/12), bezpośrednio po zdefiniowaniu i wymienieniu przykładów pojazdów specjalnych, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, co następuje. *Nie są natomiast pojazdami specjalnymi pojazdy samochodowe przeznaczone do przewozu określonego rodzaju ładunków, np. cementu (cementowozy), benzyny (cysterny), śmieci (śmieciarki) czy nieczystości (pojazdy asenizacyjne).*

Ponieważ cały zarzut opiera się na błędnym zaliczeniu śmieciarki do kategorii pojazdów specjalnych w rozumieniu Prawa o ruchu drogowym (oraz na arbitralnym przyjęciu założenia, że „pojazd specjalny” jest synonimem „pojazdu specjalnego”), jest to wystarczające, aby stwierdzić, że jest on oczywiście bezzasadny.

Dodać należy, że wbrew wyobrażeniu Odwołującego w § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 7 października 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (Dz.U. z 2016 r. poz. 1742) mowa jest tylko o tym, jak mają być oznaczone środki transportu odpadów stanowiące pojazd albo zespół pojazdów w rozumieniu Prawa o ruchu drogowym, co w żaden sposób nie potwierdza stanowiska Odwołującego.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że przypisując Zamawiającemu intencję wymagania od wykonawców, aby transport odpadów odbywał się wyłącznie pojazdami specjalnymi, paradoksalnie Odwołujący domaga się stwierdzenia, że ustalił kryterium oceny ofert niezwiązane z przedmiotem zamówienia, czyli wbrew zasadzie określonej w art. 91 ust. 2 pzp, a pośrednio również, że warunek udziału dotyczący potencjału technicznego został określony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czyli sprzecznie z art. 22 ust. 1a pzp.

Tymczasem Zamawiający formułując na potrzeby prowadzonego postępowania warunek, aby wykonawca dysponował pojazdami przeznaczonymi do odbioru odpadów, w tym dwoma przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, dwoma przystosowanymi do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz jednym do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej prawidłowo wprowadził do treści s.i.w.z. wymaganie wynikające z § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122).

Natomiast ze skorelowanego z powyższym warunkiem (na co zwrócił uwagę sam

Odwołujący) kryterium oceny ofert premiującego mniejszą emisję spalin pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów komunalnych wynika *de facto*, że jeżeli którykolwiek z tych pięciu pojazdów specjalistycznych będzie spełniał normę emisji Euro VI, wykonawca otrzyma 30 pkt możliwe do uzyskania w tym kryterium. W szczególności z opisu tego kryterium – wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący – nie wynika, aby uzyskanie dodatkowych punktów było ograniczone do kategorii pojazdów wyłącznie przystosowanych do odbioru zmieszanych czy selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a wyłączone w odniesieniu do trzeciej z wymienionych w ramach warunku udziału kategorii pojazdu specjalistycznego.

W tych okolicznościach, ponieważ niesporne jest, że wskazany w ofercie FBService Opel o nr rejestracyjnym DWR 9285C spełnia normę emisji spalin Euro VI, bezzasadny jest zarzut przyznania tej ofercie przez Zamawiającego 30 pkt w kryterium premiującym niższą emisję spalin pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp.

Z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 2d pzp należy uznać zarówno za spóźniony, jak i niewystarczająco uzasadniony.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że termin na wniesienie odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia już dawno mu upłynął, a zatem odwołanie w tym zakresie na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp podlega odrzuceniu, gdyż zostało wniesione z naruszeniem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp, który rozpoczął bieg od dnia, w którym zostało opublikowane ogłoszenie i udostępniona specyfikacja. Dotyczy to zarówno zarzutu wadliwego opisu kryterium, jak i sposobu jego spełniania, do czego Odwołujący w stosownym czasie nie zgłosił zastrzeżeń

Niezależnie od tego, z odwołania wprost nie wynika, na czym miałyby polegać nieprecyzyjność opisu kryterium i sposobu potwierdzenia jego spełniania. Wręcz przeciwnie Odwołujący poświęcił wiele miejsca na uzasadnienie swojej tezy, że kryterium oceny ofert jednoznacznie odsyła do terminu „pojazd specjalny” w rozumieniu Prawa drogowego.

Z kolei z adekwatnie opisanego co do faktów (czego nie należy mylić z błędnymi wnioskami Odwołującego, co z nich wynika w kontekście przepisów, których naruszenie zarzuca) przebiegu badania oferty wynika, że Zamawiający zweryfikował, czy skonkretyzowane w niej oświadczenie FBService o spełnianiu kryterium oceny ofert dotyczącego emisji spalin znajduje potwierdzenie w rzeczywistości.

Pomimo relatywnej obszerności odwołania Odwołującemu nie udało się wysłowić, na czym konkretnie miałyby polegać niespełnianie przez zidentyfikowany co do marki i nr rejestracyjnego pojazd kryterium oceny ofert. W szczególności na podstawie treści odwołania

nie sposób ustalić z jakiego powodu pojazd ten miałby nie spełniać wymogu utrzymania w odpowiednim stanie sanitarnym sprecyzowanym w przywoływanym powyżej rozporządzeniu jako zapewnienie, aby pojazdy i urządzenia były zabezpieczone przed niekontrolowanym wydostawaniem się na zewnątrz odpadów, podczas ich magazynowania, przeładunku, a także transportu (§ 4 pkt 2). Próba konkretyzacji w tym zakresie zarzutu dopiero na rozprawie nie mogła odnieść skutku, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co jednolicie w doktrynie i orzecznictwie rozumiane jest jako sprecyzowanie w odwołaniu okoliczności faktycznych, które miałyby wskazywać na naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy pzp, którego naruszenie jest zarzucane. Odwołanie ogranicza się do przytoczenia powyższego przepisu z podkreśleniem frazy „wysypywanie, pylenie i wyciek”, z czego nic konkretnego nie wynika. Izba nie ma obowiązku ani nawet prawa precyzować zarzut za Odwołującego.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3 listy zarzutów odwołania }

Ponieważ Odwołujący wywiódł, że złożenie przez FBSerwis oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w oparciu o błędną interpretację postanowień s.i.w.z., o czym rozstrzygnięto już powyżej, również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp należy uznać za oczywiście bezzasadny.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 4-7 listy zarzutów odwołania}

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 34 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy pzp należy uznać za spóźnione.

Ponownie umknął uwadze Odwołującego upływ terminu na wniesienie odwołania od czynności oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, a zatem odwołanie w tym zakresie na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp podlega odrzuceniu, gdyż zostało wniesione z naruszeniem 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pzp, który rozpoczął bieg od dnia, w którym Odwołujący mógł się zapoznać z treścią protokołu postępowania w zakresie tej informacji, czyli najpóźniej od dnia otwarcia ofert (jeżeli Zamawiający wcześniej nie udostępnił tej informacji).

Odwołujący nadal może oczywiście podnosić kwestię adekwatności oszacowania wartości zamówienia jako podstawę faktyczną zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a ustawy pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: {przykładowo wyliczonych w pkt 1-5 okoliczności}. Natomiast art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Jednakże pomimo obszerności rozważań o przepisach regulujących ustalanie wartości szacunkowej w odniesieniu do zamówień powtarzających się okresowo (skądinąd poprawnych merytorycznie), szczupłość powołanych okoliczności dotyczących konkretnie tego postępowania o udzielenie zamówienia, przesądza o niezasadności tak sformułowanego w odwołaniu zarzutu. Wbrew ocenie Odwołującego na podstawie podanych przez niego informacji wcale nie jest oczywiste, na czym miałyby polegać błąd Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia.

Przede wszystkim, nawet jeżeli jakiś błąd rzeczywiście zaistniał, nie sposób stwierdzić, czy miał on jakiegokolwiek znaczenie w kontekście zarzucanego zaniechania wezwania do wyjaśnień, gdyż w odwołaniu nie podano ani na ile Zamawiający oszacował wartość zamówienia, ani ile według Odwołującego prawidłowa wartość powinna wynosić. Odwołujący ucieka w ten sposób od istotnego dla skuteczności stawianego zarzutu wykazania, że gdyby oszacowanie wartości zamówienia było prawidłowe, zaistniałaby któraś z przywołanych powyżej przesłanek z art. 90 ust. 1a pzp, a w konsekwencji cena oferty FBService (lub jej istotny element składowy) powinny wydawać się rażąco niskie i wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania za taką cenę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w specyfikacji, jak to stanowi art. 90 ust. 1 pzp.

Niezależnie od powyższego okazało się, że Zamawiający nie ma nic do ukrycia, gdyż przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że dokonał oszacowania na kwotę 1.871.546,96 zł na podstawie usług zrealizowanych na przestrzeni 9,5 miesiąca wstecz tj. od połowy lutego do końca listopada 2017 r. Jednocześnie dodał, że biorąc pod uwagę okres 12 miesięcy wstecz tj. usługi wykonane od 1 grudnia 2016 r. do 30 listopada 2017 r. wartość ta

wyniosłaby 1.855.569, 90 zł. Odwołujący nie zakwestionował w toku rozprawy adekwatności tego wyliczenia. Ponadto Zamawiający podał, że cena oferty FBService wynosi 1.899.287,64 zł.

Zamawiający trafnie zatem podniósł, że w świetle art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp, aby została spełniona obligatoryjna przesłanka wezwania FBService do wyjaśnienia ceny oferty, musiałaby ona wynosić poniżej 1.414.889,51 zł w stosunku do powyższej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub poniżej 1.508.213,87 zł w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Tym samym Zamawiający dowiódł, że nie miał obowiązku wzywać FBService do wyjaśnienia ceny oferty, gdyż nie było podstaw, aby wydała się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzała wątpliwości co do możliwości wykonania za nią usług zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami umowy, która ma zostać zawarta w sprawie tego zamówienia.

Dla Izby nie była również przekonująca argumentacja odwołania odwołująca się do cennika RIPOK-u w Gaci, według którego stawka za zagospodarowanie tony zmieszanych odpadów komunalnych wynosi brutto 415,80 zł, jako punktu wyjścia do wyliczenia przyjętej przez FBService stawki za transport tony tego rodzaju odpadów na poziomie 59,10 zł brutto. Wbrew temu, co wydaje się Odwołującemu, załączona do odwołania skrótowa kalkulacja nie jest żadnym dowodem, a jego twierdzeniem co do wysokości kosztów niezbędnych dla wykonania zamówienia, które powinno zostać udowodnione. Tymczasem Przystępujący wykazał, że punkt wyjścia kalkulacji Odwołującego oparty jest na nieadekwatnym w odniesieniu do FBService założeniu, gdyż ma on zagwarantowaną cenę jednostkową za odbiór zmieszanych odpadów komunalnych w wysokości 376,92 zł, czyli niższą o 38,88 zł {pismo Zakładu Gospodarowania Odpadami GAĆ sp. z o.o. z siedzibą w Gaci z 12 kwietnia 2018 r.}. W tych okolicznościach nie ma podstaw, aby również w odniesieniu do wysokości pozostałych kosztów bezpośrednich kalkulację załączoną do odwołania uznać za wnoszącą coś istotnego dla sprawy, gdyż może ona zostać co najwyżej uznana za zobrazowanie założeń przyjętych przez Odwołującego na potrzeby kalkulacji ceny swojej oferty, co nie musi być adekwatne w odniesieniu do innego wykonawcy.

Wreszcie skoro, jak już powyżej rozstrzygnięto, bezzasadny okazał się zarzut przeznaczenia przez FBService do realizacji zamówienia pojazdu niespełniającego wymagań specyfikacji, okoliczność, że Konsorcjum ZUK założyło wykorzystanie pojazdów powyżej tego standardu, świadczy o tym, że Przystępujący mógł skalkulować cenę oferty na niższym poziomie niż Odwołujący.



{rozstrzygnięcie zarzutów występujących wyłącznie w uzasadnieniu odwołania}

Uzasadnienie odwołania zawiera rozważania dotyczące relacji zachodzących pomiędzy uregulowanymi w art. 24 ust. 1 w pkt 16 oraz w pkt 17 ustawy pzp podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponieważ odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności faktycznych dotyczących naruszenia przez Zamawiającego, któregokolwiek z tych przepisów, jedynie dla porządku Izba odnotowuje, że tak postawiony zarzut należy uznać za bezzasadny.

Podobnie z uzasadnienia odwołania nie wynika, czy i jaki zarzut Odwołujący chciałby postawić przy okazji poczynionych rozważań {od których zrelacjonowania Izba odstąpiła} odnośnie rozumienia uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przesłanki odrzucenia oferty za niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 8-9 listy zarzutów odwołania}

Ponieważ zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 pzp mają charakter niesamoistny tzn. ich podstawą nie są odrębne okoliczności, należy uznać je za tak samo niezasadne jak powyżej rozstrzygnięte zarzuty.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....