Sygn. akt: KIO 28/17

WYROK
z dnia 19 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM" sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 32, 48-303 Nysa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Łambinowice, ul. Gen. Zawadzkiego 29, 48-316 Łambinowice,**

przy udziale wykonawcy **Remondis Opole Sp. z o.o., Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
a) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
b) powtórzenie czynności oceny ofert, w tym:
- wezwania wykonawcy P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a Pzp,
- wezwania wykonawcy P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

---

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gmina Łambinowice, ul. Gen. Zawadzkiego 29, 48-316 Łambinowice,** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM" sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 32, 48-303 Nysa** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Łambinowice, ul. Gen. Zawadzkiego 29, 48-316 Łambinowice** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM" sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 32, 48-303 Nysa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

……

Sygn. akt: KIO 28/17

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Łambinowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: ,,Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Łambinowice, od właścicieli i oraz wyposażenie nieruchomości zamieszkałych niezamieszkałych nieruchomości i gniazd w pojemniki". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 201-364175-2016, w dniu 18 października 2016 r.

Pismem z dnia 21 grudnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez firmę P.H.U. Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwany „Komunalnik") jako oferty najkorzystniejszej. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM" sp. z o.o. z siedzibą w Nysie (dalej zwany „EKOM" lub „Odwołujący") została sklasyfikowana na miejscu 2.

Wykonawca, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EKOM" sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty Komunalnik, jako najkorzystniejszej,
- zaniechania uznania ww. oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
- zaniechania odrzucenia oferty Komunalnik, mimo iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie potwierdzają, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik wobec tego, że z treści wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena oferty jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy złożonych wyjaśnień, mimo że wykonawca nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp;
- art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. I pkt. 13 i 14 Pzp, poprzez wezwania wykonawcy Komunalnik do uzupełnienia dokumentów zaniechanie potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dla prokurentów tego wykonawcy;
- art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust, 2 Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do złożenia dokumentów potwierdzających

spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniego zezwolenia na transport odpadów, względnie wskazania innych samochodów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik mimo. iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca nie wskazał w treści oferty podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów zebranych selektywnie, względnie art, 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie zamiaru korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa;
- art. 7 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej - oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; -

powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie Komunalnik do - uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- odrzucenie oferty Komunalnik z powodu niewykazania, że cena tej oferty nie jest rażąco niska i niezgodna z SIWZ, ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia, że decyzja o odrzuceniu oferty Komunalnik z powodu „rażąco niskiej ceny" byłaby przedwczesna, wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. ewentualnie także wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp,
- a w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał następujące okoliczności:

I **Rażąco niska cena.**

Odwołujący podał, że w postępowaniu złożone zostały ; trzy oferty, tj.
- oferta Komunalnika z ceną 1.620.000 zł brutto,
- oferta Odwołującego z ceną 3,176.179,20 zł brutto,
- oferta Remondis Opole Sp. z o.o, z ceną 3,209.932,80 zł brutto.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 2.500.000 zł netto, przy czym podstawą szacunków Zamawiającego był koszt wykonywania tej usługi w okresie od stycznia 2015 r. do grudnia 2016 r. (2 lata). We wskazanym okresie usługę na rzecz Zamawiającego wykonywała firma Komunalnik.

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 r., Zamawiający wezwał firmę Komunalnik do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wobec rozbieżności pomiędzy ceną oferty, a wartością szacunkową zamówienia oraz cenami pozostałych ofert.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 7 grudnia 2016 r. jednak, zdaniem Odwołującego, ich treść nie potwierdza, by cena zaoferowana przez wykonawcę miała

charakter rynkowy. Wyjaśnienia Komunalnika *w zakresie* elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie spełniają wymagań art. 90 ust. 1 i ust. 2 Pzp - są ogólnikowe i lakoniczne, wewnętrznie sprzeczne, i w żaden sposób nie można uznać by mogły rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny oferty. Konstruując wyjaśnienia Komunalnik de facto potwierdził, że nie dysponuje żadnymi sprzyjającymi i dostępnymi jedynie temu wykonawcy warunkami wykonania zamówienia.

Zgodnie z §2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dniu 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz, U. z 2013 r., poz. 122), podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną w gminie, z terenu której odbiera odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy. W związku z tym, powoływanie się przez Komunałnik na fakt posiadania bazy magazynowo-transportowej, w kontekście niższych kosztów transportu, jest nieuprawnione. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu musi posiadać bazę magazynowo-transportową w bliskiej odległości od miejsca świadczenia usługi, a co za tym idzie, nie można mówić tu o szczególnych okolicznościach mających wpływ na wysokość kosztów transportu.

Przeciwnie, sytuacja, w jakiej obecnie znalazła się firma Komunalnik jest skrajnie niekorzystna. Zgodnie z wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gminy Łambinowice, firma Komunalnik dysponuje bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną w miejscowości Nysa, ul. Morcinka 66E. Zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia, baza taka winna być wyposażona w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych (§ 2 ust. 2 pkt 5 lit. c). Firma Komunalnik nie może wyposażyć swojej bazy w takie miejsca, bowiem odmówiono jej wydania zezwolenia na zbieranie (magazynowanie) odpadów w tej lokalizacji (decyzja Starosty Nyskiego z dnia 6 kwietnia 2016r., znak: ROŚ.6233.29.2015.JT, utrzymanej w mocy decyzją Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Opolu z dnia 31 sierpnia 2016 r, znak SKO.IM0/1288/2016/oś). Firma Komunalnik nie może więc na terenie swojej bazy magazynowo - transportowej magazynować żadnych odpadów, przy czym Burmistrz Nysy decyzją z dnia 16 lutego 2016r. znak: RW.GK.6236.6.2015 nakazał wykonawcy usunięcie wszystkich odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania i magazynowania, tj. z działki nr 28/3 położonej w Nysie przy ul. Morcinka 66E. Podstawą do odmowy wydania wykonawcy pozwolenia na zbieranie odpadów komunalnych na terenie bazy magazynowo - transportowej jest niezgodność planowanej działalności z zapisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Firma Komunalnik, chcąc zapewnić sobie bazę magazynowo - transportową spełniającą wymagania ww. rozporządzenia, tj. bazę zapewniającą możliwość magazynowania odpadów zebranych selektywnie z terenu Gminy Łambinowice, musi zorganizować bazę magazynowo - transportową w innym niż dotychczas miejscu, ponosząc z tego tytułu określone koszty. Do czasu, kiedy firma Komunalnik uzyska możliwość-magazynowania na swojej bazie odpadów

zebranych selektywnie w gminie Łambinowice, wszystkie odpady zebrane selektywnie odebrane od właścicieli nieruchomości będą musiały być przekazywane bezpośrednio do podmiotu zajmującego się ich odzyskiem, co znacznie podraża koszty wykonania przedmiotu zamówienia (m. in. brak możliwości przeładunku odpadów w bliskim sąsiedztwie miejsca wykonania zamówienia i wykonywania zbiorczych transportów odpadów do instalacji). Wymóg zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo - transportowej jest, jak wynika z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, warunkiem prowadzenia działalności regulowanej polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Niespełnienie tego wymogu stanowi podstawę do wykreślenia z rejestru prowadzonego przez gminę. Brak odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej w realiach niniejszej sprawy nie tylko podraża koszty wykonywania przedmiotu zamówienia, ale i stanowi obiektywnie przeszkodę ku temu by firma Komunalnik mogła wykonywać przedmiot zamówienia. Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, którą wykonawca na terenie gminy Łambinowice zamierza wykonywać osobiście, jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej - wymaga uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, przy czym jak wskazano powyżej możliwość uzyskania takiego wpisu jest warunkowana m.in. posiadaniem odpowiedniej bazy magazynowo — transportowej. Zamawiający, przed podjęciem decyzji o udzieleniu wykonawcy zamówienia winien był zweryfikować, czy wykonawca w sposób zgodny z prawem może prowadzić działalność będącą przedmiotem zamówienia.

Trudno także ustalić, jaką przewagę konkurencyjną stanowi posiadanie przez wykonawcę własnego zaplecza technicznego i pojazdów. W przypadku „zaplecza technicznego" nie wiadomo, o jakim zapleczu jest mowa w wyjaśnieniach wykonawcy, skoro korzysta on z zewnętrznych usług serwisowych, a więc nawet warsztat do naprawy pojazdów jest niewystarczający by zapewnić kompleksową obsługę zamówienia.

Również posiadanie własnych pojazdów do odbioru odpadów nie jest okolicznością wyjątkową, właściwą tylko temu wykonawcy. W identycznej sytuacji znajduje się przykładowo sam Odwołujący. Nadto, nawet w przypadku posiadania własnych pojazdów, wykonawca będzie ponosił określone koszty związane z bieżącym utrzymaniem pojazdów, ich konserwacją, naprawami, opłatami publicznoprawnymi (przeglądy, ubezpieczenia, podatki od środków transportu). Wykonawca założył wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia

---

samochodów wyprodukowanych w 2003 r,, 2007 r. i 2010 r. (tylko jeden samochód przewidziany do realizacji zamówienia został wyprodukowany w 2016 r.). Korzystanie z samochodów starszych powoduje wzrost kosztów eksploatacyjnych i remontowych.

Fakt posiadania kontenerów do odbioru odpadów nie jest właściwy tylko temu wykonawcy. Większość działających na rynku odbioru odpadów komunalnych firm posiada własne pojemniki i jedynie dokupuje pojemniki w razie zwiększenia zapotrzebowania. Istotne jest, czy pojemniki posiadane przez firmę Komunalnik będą mogły być przeznaczone na realizację tego właśnie zamówienia i czy wykonawca nie będzie musiał jednak w okresie kolejnych pięciu lat uzupełniać ich stanu. Zgodnie z pkt III.6 lit. i SIWZ, wykonawca odpowiada za utrzymanie kontenerów w odpowiednim stanie technicznym i estetycznym w całym pięcioletnim okresie realizacji zamówienia, co obejmuje także obowiązek ustawienia pojemników nowych w razie trwałego uszkodzenia poprzednich.

Komunalnik nie wyjaśnił także w bliskim sąsiedztwie czego zatrudni pracowników realizujących zamówienie oraz jak to przełoży się na realne oszczędności. Ponadto, z jednej strony wskazuje, że pracowników dopiero zatrudni, a dalej wyjaśnia, że pracownicy do realizacji zamówienia są już przydzieleni i obsługują jeszcze inne rejony.

Z treści wyjaśnień nie wynika również, aby wykonawca prowadził politykę kadrową odmienną od pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Nawet zakładając, że osiągnie on na tym polu oszczędności, to z pewnością nie takie, by na tej podstawie zbudować swoją przewagę konkurencyjną.

Komunalnik nie wyjaśnił też, jaki system zarządzania jakością wdrożył w swoim przedsiębiorstwie ani w jaki sposób usprawnił organizację pracy, co pozwoliło na obniżenie - i w jakiej wysokości - kosztów pracy pracowników.

Pozycja rynkowa Komunalnika nie pozwala również na przyjęcie założenia, że posiadane przez niego i wynegocjowane rabaty odbiegają od tych dostępnych konkurencji. Ponadto, wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, że posiada

wynegocjowane rabaty i upusty na poziomie podanym w pkt 5 i 6 wyjaśnień.

Wykonawca założył także mniejsze koszty realizacji przedmiotu zamówienia niż w latach 2015 - 2016, przy zysku rzekomo na poziomie 40% (jego cena ofertowa w przeliczeniu na rok świadczenia usługi jest niższa niż w latach 2015-2016), przy czym nie wyjaśnił, dlaczego w latach 2017- 2021 jego koszt wykonania zamówienia będzie niższy niż koszty ponoszone w latach poprzednich.

Powyższe powoduje, że nie można przyjąć, by po stronie wykonawcy istniały nadzwyczajne okoliczności, które nie są dostępne Odwołującemu, a które pozwoliły na obniżenie ceny w stosunku do ceny Odwołującego, cen innych wykonawców i wartości szacunkowej zamówienia. W wyjaśnieniach nie podano konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla niego czynników wpływających na obniżenie

ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny.

Komunalnik nie powołał żadnych dowodów popierających stawiane tezy (umów np. na zagospodarowanie odpadów zebranych selektywnie, umów zawartych z dostawcami paliw, usług serwisowych, umów zawartych z pracownikami). Wartości podane w wyjaśnieniach nie mają więc żadnego oparcia ani w dowodach, ani w wyjaśnieniach wykonawcy.

Tego obrazu nie zmieniają również próby wyliczeń i pokazania kosztów i zysku wykonawcy, poczynione w dokumencie pt. „Koszty związane, z odbiorem, transportem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych niesegregowanych oraz segregowanych". Zawarte tam wyliczenia są abstrakcyjne, niepoparte jakimikolwiek danymi, które byłyby w stanie je uwiarygodnić. Nadto, wyliczenia tam zawarte potwierdzają, że cena wykonawcy nie ma charakteru rynkowego. I tak:

- Koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych:

Wykonawca wylicza cenę przyjmując, że w całym okresie realizacji zamówienia będzie odbierał od mieszkańców gminy po 360 Mg zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) na rok (co łącznie wyniesie 1800 Mg odpadów w okresie zamówienia), czyli tyle, ile rzekomo odbiera obecnie. Jednak zgodnie ***z*** zapisami SIWZ, przedmiotem zamówienia jest odbiór zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) i popiołu (20 03 99) w łącznej ilości 2900 Mg, przy czym Zamawiający założył możliwość wzrostu tej ilości o 20% (pkt III.4 SIWZ, po modyfikacji nr II). Cena oferty ma charakter ryczałtu, a co za tym idzie wykonawcy nie będzie przysługiwało prawo do zwiększenia wynagrodzenia, jeśli założenia SIWZ co do ilości odpadów objętych zamówieniem się sprawdzą.

Wykonawca, składając wyjaśnienia ceny, musiał więc wykazać, że jego cena ofertowa jest wystarczająca do tego, by pokryć koszty zagospodarowania wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a nie ilości odpadów dowolnie przez siebie przyjętej. Nawet jeśli w ramach wyceny ryzyka wykonawca mógł przyjąć, że zmieszanych odpadów komunalnych będzie mniej niż wynika to z SIWZ, to jednocześnie jego obowiązkiem było wykazanie, w jaki sposób wycenił to ryzyko.

Nadto, umowa ma być realizowana w okresie kolejnych 5 lat. Wykonawca nie ma tymczasem zawartej umowy z instalacją RIPOK wskazaną w SIWZ, do której muszą trafić zmieszane odpady komunalne (instalacja ta należy do Odwołującego), która gwarantowałaby mu stałość ceny w tym okresie. Wykonawca powinien więc wycenić także ryzyko związane ze wzrostem cen obowiązujących w RIPOK.

- Koszt zagospodarowania odpadów zebranych selektywnie.

W ocenie Odwołującego nie polega na prawdzie i nie zostało udowodnione, by firma Komunalnik mogła wszystkie odebrane z gminy Łambinowice odpady selektywne sprzedać z zyskiem, nie ponosząc z tego tytułu żadnych kosztów.

Okolicznością powszechnie wiadomą jest, że jakość selektywnej zbiórki w Polsce jest niska - do odpadów zbieranych „selektywnie" trafia duża ilość zanieczyszczeń. Odpady selektywnie zebrane, przed poddaniem ich odzyskowi, czy recyklingowi muszą być poddane dodatkowej wstępnej obróbce - doczyszczaniu, sortowaniu. W niniejszej sprawie,

konieczność taka wynika także z faktu, że Zamawiający wprowadził wspólny pojemnik na tzw. odpady suche — papier i tekturę, opakowania wielomateriałowe, tworzywa sztuczne i metale. Każdy z rodzajów odpadów zebranych w tym pojemniku jest zagospodarowany w odmiennych procesach, stąd odpady te muszą zostać rozsortowane. Firma zajmująca się przetwarzaniem odpadów selektywnie zebranych musi więc ponieść koszty sortowania i doczyszczania odpadów. Warto dodać, że tylko część odpadów, które powstaną po procesie doczyszczania będzie mogła być odsprzedana z zyskiem podmiotom trzecim, przy czym zysk ten zależeć będzie ostatecznie od rodzaju wysortowanego odpadu (np. papier pochodzący z gospodarstw domowych, czy szkło osiągają na rynku niskie cny) i cen rynkowych, które wobec wzrostu dostępności odpadów selektywnych regularnie spadają. Pozostałości z procesu doczyszczania (pozostałe odpady) przedsiębiorcy muszą zagospodarować, ponosząc z tego tytułu określone, z roku na rok wyższe koszty.

W świetle powyższego, rzadkością są sytuacje, by firma mogła osiągnąć ze sprzedaży odpadów selektywnie zebranych zyski, zwłaszcza jeśli sama nie prowadzi procesów przetwarzania tych odpadów.

W niniejszej sprawie, teza o możliwości wygenerowania przez firmę Komunalnik zysków *ze* sprzedaży odpadów selektywnie zebranych jest więc co najmniej wątpliwa, a wykonawca nie załączył do wyjaśnień żadnej umowy, która gwarantuje możliwość odsprzedania z zyskiem wszystkich odpadów selektywnie zebranych z gminy Łambinowice w okresie kolejnych pięciu lat. Wykonawca nie wykazał także, by zyski takie generował w latach poprzednich.

- Koszty pracowników;

Komunalnik nie wyjaśnił, dlaczego będzie wystarczające dla realizacji przedmiotu zamówienia (przy uwzględnieniu ilości odbiorów odpadów miesięcznie narzuconych zapisami SIWZ. ilości nieruchomości objętych przetargiem, topografii gminy) zatrudnienie pracowników – kierowcy i pomocników, jedynie w 1/3 czasu ich pracy. Z wyjaśnień nie wynika też, by wykonawca ujął w cenie oferty koszt pracownika biurowego do obsługi zamówienia (np. sporządzania rozliczeń, sprawozdań). Fakt, iż wykonawca nie musi tworzyć nowego miejsca pracy, nie oznacza, że kosztów obecnie zatrudnianego w tym celu

pracownika nie powinien przypisać częściowo do kosztów wykonania tego zamówienia. Ponadto, wykonawca założył, że koszt zatrudnienia pomocnika kierowcy to 2100 zł. Założenie to nie uwzględnia wymogów związanych z tzw. wynagrodzeniem minimalnym, bądź wszystkich kosztów pracodawcy. Wynagrodzenie minimalne w 2017 r, wynosić będzie 2000 zł, przy czym po stronie pracodawcy będzie to koszt co najmniej rzędu 2.400 zł (koszt części ubezpieczeń społecznych ponoszonych przez pracodawcę). Koszt ten nie uwzględnia kosztów np. zapewnienia badań lekarskich, czy odpowiedniego wyposażenia, w rzeczywistości koszt zatrudnienia pracownika jest więc jeszcze wyższy. Już sama ta okoliczność skutkuje niedoszacowaniem kosztów zatrudnienia pomocników kierowców na poziomie prawie 80 000 zł w całym okresie-realizacji umowy. Powyższe należy też odnosić do kosztów zatrudnienia kierowców.

- Zużycie paliwa, usługi serwisowe pojazdów, mycia i dezynfekcji pojazdów, mycia i dezynfekcji pojemników, naprawy oraz wymiana pojemników, pozostałe wydatki.

W tym zakresie firma Komunalnik podała pewne wartości, jednak bez wyjaśnienia, w jaki sposób wartości te zostały ustalone, ani nie załączono dowodów wskazujących na poziom kosztów obecnie ponoszonych przez wykonawcę (koszt zakupu paliwa, koszt usług serwisowych itd.). Trudno przy tym założyć, by wartości te były rynkowe. Inne koszty - usługi serwisowe pojazdów, mycia i dezynfekcji pojazdów, mycia i dezynfekcji pojemników, naprawy oraz wymiana pojemników, pozostałe wydatki wykonawca oszacował na kwotę 500 zł miesięcznie, co daje łącznie 30 000 zł na cały okres realizacji umowy. Kwota ta jest zdecydowanie zbyt niska.

„Inne wydatki'", które należy ponieść w związku z realizacją zamówienia to przykładowo koszty druku ulotek (harmonogramów), koszty ubezpieczeń i podatków (np. samochodów, bazy), koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztu utrzymania bazy magazynowo - transportowej (np. media). Podana przez wykonawcę kwota nie pokrywa tych kosztów, jeśli jednocześnie ma ona pokryć koszty usług serwisowych, mycia i dezynfekcji pojemników, samochodów, naprawy i zakupu dodatkowych pojemników, zwłaszcza, w pięcioletnim okresie realizacji umowy.

Koszty zatrudnienia, paliwa i „pozostałe” łącznie wykonawca oszacował na kwotę 840,00 zł, przy czym zliczenie wartości podanych przez wykonawcę w poszczególnych pozycjach, z uwzględnieniem np. ilości pojazdów, jakie mają być przeznaczone do realizacji zamówienia, prowadzi do wniosku, że łączne koszty podane przez wykonawcę to 900.000 zł (brutto) plus koszt zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych - 555.984 zł (brutto), co daje łącznie kwotę 1.455.984,00 zł brutto, a więc „rezerwa” uzyskana przez wykonawcę to 164.000 zł - trudno więc mówić o 40% zysku.

Rezerwa ta jednak w istocie nie występuje, jeśli uwzględni się powyżej wskazane poziomy niedoszacowania kosztów wykonawcy, w tym rzeczywistych kosztów

zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów selektywnie zebranych, kosztów pracowniczych oraz innych.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają elementów, które pozwoliłby przyjąć, że wykonawca rzeczywiście za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat po swojej stronie, że zaoferowana cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów.

Skoro wyjaśnienia wykonawcy są tak ogólne i lakoniczne, to trudno znaleźć uzasadnienie dla skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp. Kolejne wezwanie mogłoby posłużyć tylko wyjaśnieniu wątpliwości, które zrodziły się po analizie pierwszych wyjaśnień, nie mogłyby zaś posłużyć złożeniu de facto nowych wyjaśnień.

II. **Wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia**

Komunalnik przedłożył dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dla prezesa zarządu, tymczasem po nowelizacji Pzp w dniu 28 lipca 2016 r., wykonawcy zobowiązani są do wykazania, że żaden z urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurent, nie został prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218- 221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, zpóźn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176), o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, skarbowe, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

Zgodnie z odpisem KRS, wykonawca posiada dwóch prokurentów samoistnych - p. A. S. C. oraz p. M. D.. Komunalnik nie wykazał,
że osoby te nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp. Winien być zatem wezwany do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

III. **Wezwanie do uzupełnienia dokumentów wskazujących na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.**

Wykonawca Komunalnik powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - posiadania odpowiedniego zezwolenia na transport odpadów, bądź posiadania odpowiednich samochodów do realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał bowiem w Wykazie potencjału technicznego, że zamierza zrealizować przedmiot zamówienia przy wykorzystaniu m.in.

samochodów MAN TAG o numerach rejestracyjnych ONY RY57 i ONY RY58. Jednocześnie, ze złożonej przez wykonawcę decyzji Prezydenta Wrocławia z dnia 28 stycznia 2014r., znak WSR-OG.6233.3.2014 wraz z decyzjami zmieniającymi, nie wynika by wykonawca mógł wykonywać transport odpadów przy użyciu wskazanych w ofercie pojazdów.

IV. **Podwykonawcy.**

Zgodnie z pkt XVIII ppkt 3 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do podania w formularzu ofertowym nazw podwykonawców wraz ze wskazaniem części zamówienia, które będzie wykonywał podwykonawca.

Firma Komunalnik w ofercie i w JEDZ wskazała, że nie będzie korzystała

z podwykonawstwa, a jednocześnie, składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, oświadczyła, że nie będzie zagospodarowywała odpadów zebranych w gminie w sposób selektywny samodzielnie, ale „odsprzeda je z zyskiem". Zdaniem Odwołującego, w zakresie usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów zebranych selektywnie, wykonawca będzie więc korzystał z podwykonawcy. Oświadczenia zawarte w ofercie i w wyjaśnieniach ceny są zatem w tym zakresie sprzeczne, co powinno być przedmiotem wyjaśnienia. Jeśli wykonawca nie zamierza korzystać z podwykonawstwa przy zagospodarowywaniu odpadów selektywnie zebranych, to jego wyjaśnienia ceny są nierzetelne, a jeśli wykonawca założył korzystanie z podwykonawcy na etapie zagospodarowywania odpadów selektywnie zebranych, to stoi to w sprzeczności z treścią złożonej oferty. Każda możliwa odpowiedź wykonawcy winna skutkować odrzuceniem oferty, z uwagi na brzmienie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp lub z uwagi na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 5 stycznia 2017 r. wykonawca Remondis Opole Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca P.H.U. Komunalnik sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 10 stycznia 2017 r.

Zamawiający, pismem z dnia 16 stycznia 2017 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł w pierwszej kolejności brak interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazał, że w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Komunalnik postępowanie będzie podlegało unieważnieniu, gdyż Zamawiający nie może zwiększyć środków na sfinansowanie zamówienia do poziomu cen pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, która przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Komunalnik, Zamawiający podniósł

brak przedstawienia przez Odwołującego jakichkolwiek dowodów. Zamawiający podniósł, że to cena oferty Odwołującego jest rażąco wysoka. Fakt, że wykonawca Komunalnik do wyjaśnień nie załączył dowodów nie ma żadnego znaczenia, gdyż Zamawiający zna doskonale sytuację tego wykonawcy, który świadczy obecnie przedmiotowe usługi na rzecz Zamawiającego, wyposaża nieruchomości w pojemniki, posiada samochody w ilości, o której pisze oraz w oparciu o dane GPS, karty przekazania odpadów i faktycznej kontroli Zamawiający wie, że czas pracy w 1/3 jest wystarczający do wykonania odbioru odpadów - o co nigdy wcześniej nie pytał Odwołujący.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wzywał wykonawcy Komunalnik do złożenia dowodów, gdyż sam nimi dysponował. Stwierdził, że dowody nie są potrzebne, gdy wszystko jest jasne. Zamawiający uznał, że znajomość rynku, terenu i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, czyli faktycznej ilości odpadów, jest głównym powodem umożliwiającym wykonawcy Komunalnik złożenie najtańszej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że ustalając wartość zamówienia doskonale wiedział, że w przetargu może uzyskać dużo niższą ofertę od szacunkowej wartości zamówienia, którą ustalono w oparciu o ceny rynkowe i ceny oferowane przez inne podmioty, nie tylko Komunalnika.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało skierowane do wykonawcy Komunalnik jedynie ze względu na formalny wymóg ustawowy.

Zamawiający przyznał, że wykonawca Komunalnik przyjął do wyliczenia ceny oferty ilości faktycznie odbieranych odpadów, a nie dane zawarte w OPZ. Jednak w SIWZ określono te ilości jedynie szacunkowo i nie wiązały one wykonawców dla ustalenia wartości kontraktu w sposób ścisły.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca Komunalnik zagospodaruje na składowisku w Łambinowicach (własność Gminy) odpady w ilości 2 900 Mg, w tym popiół. Zamawiający załączył umowę zawartą z wykonawcą Komunalnik o zarządzanie i rekultywację składowiska odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne w Okopach/Łambinowice z dnia 22 grudnia 2014 r.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że wziął pod uwagę dane o sytuacji i kosztach działania ww. wykonawcy z innej sprawy rozpoznawanej przez KIO (sygn. akt KIO 1744/16), z których wynikało, że Komunalnik jest w stanie nawet za cenę niższą wykonać takie

zamówienie w miejscowości Wałbrzych.

Zdaniem Zamawiającego, selektywne odpady można sprzedać z zyskiem, a w gminie występuje wysoki poziom segregacji tych odpadów.

Tym samym, zdaniem Zamawiającego, dokonał on rzetelnej oceny wyjaśnień i słusznie uznał, że oferta Komunalnik nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego, bezzasadne są również pozostałe zarzuty. Zamawiający wyjaśnił, że nie

wymagał decyzji na zbieranie odpadów w miejscu bazy magazynowo-transportowej. W zakresie braku wezwania Komunalnika do uzupełnienia dokumentów, stwierdził, że w aktach sprawy znajdują się uzupełnione dokumenty. Zamawiający wyjaśnił także, że sprzedaż celem prowadzenia odzysku jest także procesem odzysku, zgodnie z ustawą o odpadach, a zatem nie ma w tym przypadku mowy o podwykonawstwie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. i ma zastosowanie w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, fakt, że cena oferty Odwołującego przekracza środki, jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia nie stanowi przesłanki negatywnej uprawnienia wykonawcy do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Do momentu stwierdzenia, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza środki Zamawiającego, które zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może być rozważane unieważnienia postępowania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Remondis Opole Sp. z o.o., do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. do udziału w postępowaniu. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 10 stycznia 2017 r., a tym samym przekroczył trzydniowy termin do zgłoszenia przystąpienia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, który jest liczony od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania. Zamawiający przekazał wykonawcy Komunalnik kopię odwołania z wezwaniem do przystąpienia w dniu 4 stycznia 2017 r.

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Łambinowice od właścicieli nieruchomości zamieszkałych

i niezamieszkałych oraz wyposażenie nieruchomości i gniazd w pojemniki, w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2021 r., tj. w okresie 5 lat (pkt III SIWZ). Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia, w tym w pkt III.4 tabela 2 określił przewidywane ilości odpadów komunalnych (z uwzględnieniem zmiany SIWZ z dnia 4 listopada 2016 r.).

W postępowaniu złożone zostały ; trzy oferty: oferta Komunalnika z ceną 1.620.000 zł brutto, oferta Odwołującego z ceną 3,176.179,20 zł brutto oraz oferta firmy Remondis Opole Sp. z o.o. z ceną 3,209.932,80 zł brutto.

I. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik wobec tego, że z treści wyjaśnień złożonych w trybie art, 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena oferty jest rażąco niska;

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 2 032 520,32 zł. Cena oferty wykonawcy Komunalnik jest o 35,20% niższa od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz jest

niższa o 39,30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec rozbieżności pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen pozostałych ofert Zamawiający pismem z dnia 6 grudnia 2016 r. wezwał wykonawcę Komunalnik do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W wezwaniu tym Zamawiający nie żądał przedstawienia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów w powyższym zakresie. Zamawiający wskazał natomiast w wezwaniu, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia oraz wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy.

Wykonawca Komunalnik złożył wyjaśnienia pismem z dnia 7 grudnia 2016 r. Wyjaśnienia zostały przedstawione w sześciu punktach, w których jednym zdaniem hasłowo wskazano okoliczności, które zdaniem wykonawcy umożliwiają mu zaoferowanie konkurencyjnej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie rozwinął treści podanej w punktach, nie wskazał, w jakim stopniu wskazane okoliczności są dostępne wyjątkowo tylko temu wykonawcy oraz w jakim stopniu mają one wpływ na możliwość obniżenia ceny jego oferty w stosunku do cen rynkowych (średniej arytmetycznej cen złożonych ofert). Na kolejnej stronie wyjaśnień wykonawca przedstawił „Koszty związane z odbiorem transportem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych niesegregowanych oraz segregowanych". Wskazał tu ilość aktualnie odbieranych na terenie gminy Łambinowice odpadów komunalnych zmieszanych – 360 Mg/rok, co daje 1800Mg przez cały okres zamówienia (5 lat), a także cenę za przyjęcie 1Mg odpadów niesegregowanych w RIPOK zlokalizowany w Domaszkowicach i całkowity koszt zagospodarowania tych odpadów w wysokości 514 800,00 zł netto. Wykonawca wskazał,

---

że pozostałe frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny wykonawca odsprzeda z zyskiem, nie generując przy tym dodatkowych kosztów. Wyjaśnił, że zatrudni 1 kierowcę oraz 2 pomocników, którzy będą obsługiwać jednocześnie także inne rejony, na 1/3 miesięcznego czasu pracy, przy czym wynagrodzenie kierowcy wyniesie 1 000,00 zł/mies. a pomocników – 700,00 zł/mies., co łącznie stanowi koszt 2 400,00 zł. Wykonawca Komunalnik oszacował zużycie paliwa na 550 l/mies., co generuje koszt w wysokości 25000,00 zł. Koszty serwisu pojazdów, mycia i dezynfekcji pojazdów, mycia i dezynfekcji pojemników, naprawy i wymiany pojemników oraz pozostałych wydatków wyniosą 500,00 zł/mies. Łącznie koszty zatrudnienia, paliwa oraz pozostałe wyniosą ok 840 000,00 zł, a zysk zostanie osiągnięty na poziomie 40%. Wykonawca nie załączył do tych wyjaśnień jakichkolwiek szczegółowych kalkulacji, nie załączył także żadnych dowodów na potwierdzenie, że wskazane powyżej kwoty znajdują oparcie w rzeczywistości w działalności przedsiębiorstwa Komunalnik.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wiarygodne, w szczególności ze względu na fakt, że wykonawca Komunalnik uwzględnił w ofercie rzeczywiste potrzeby gminy w zakresie ilości odbieranych odpadów oraz rzeczywistej liczby mieszkańców gminy, co potwierdził jednoznacznie na rozprawie.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w okolicznościach wskazanych w tym przepisie Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
l) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności .projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265):
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. 5)

Żądanie wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie, jest niezależne od tego, czy Zamawiający aktualnie współpracuje z danym wykonawcą, czy też nie. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych

i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

16

Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad w o zamówienia publicznego, w tym obowiązujących postepowaniu udzielenie w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Komunalnik w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie spełniają wymagań w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską - są ogólnikowe i lakoniczne. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych dowodów ani co do wysokości, ani zakresu przyjętych przez wykonawcę do kalkulacji ceny oferty wysokich rabatów na zakup sprzętu, usług serwisowych, na zakup pojemników, paliwa, oleju, opon oraz innych niewskazanych literalnie przez wykonawcę. Wyjaśnienia nie przedstawiają kalkulacji wszystkich niezbędnych kosztów, które muszą być poniesione, aby zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca Komunalnik nie przedstawił w wyjaśnieniach okoliczności i dowodów na sprzyjające i dostępne jedynie temu wykonawcy warunki wykonania zamówienia, które nie są jednocześnie dostępne pozostałym wykonawcom działającym na tym samym rynku.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że najważniejszym atutem wykonawcy Komunalnik jest dobra znajomość warunków realizacji zamówienia, gdyż wykonawca ten aktualnie realizuje takie same usługi na rzecz Zamawiającego, zna zakres rzeczywistych ilości odbieranych odpadów i rzeczywistej ilości mieszkańców gminy, co umożliwiło wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

W tym zakresie zauważyć jednak należy, że Zamawiający określił w SIWZ szacunkowe ilości odpadów, które należało uwzględnić przygotowując ofertę. Zamawiający, twierdząc na rozprawie, że rzeczywiste ilości odbieranych odpadów są znacznie niższe, tj. na poziomie wskazanym przez wykonawcę Komunalnik – w przypadku odpadów komunalnych zmieszanych – 350Mg/rocznie 1800Mg/5 lat), nie wyjaśnił dlaczego wskazane w SIWZ ilości odpadów zostały określone w tak zawyżonej ilości, tj. 580Mg za rok (na podstawie danych za 2015r.) – 2900Mg w okresie umowy (5 lat). Dodatkowo, jak wynika z treści SIWZ, ilość ww. odpadów zmieszanych komunalnych (20 03 01) nie obejmuje popiołu (20 03 99) w łącznej ilości 2100 Mg w okresie umowy (pkt III.4 SIWZ, po modyfikacji nr II z dnia 4 listopada 2016 r.).

17

Zamawiający wyjaśnił także na rozprawie, że w SIWZ podana została liczba osób zameldowanych na terenie gminy, która jest wyższa od liczby osób faktycznie zamieszkałych, natomiast wykonawca realizujący usługi (Komunalnik) posiada wiedzę o rzeczywistej liczbie mieszkańców, którą nie dysponują pozostali wykonawcy. Taką wiedzę posiada też Zamawiający, w związku z czym również w tym kontekście może ocenić wyjaśnienia złożone przez Komunalnika.

Wynagrodzenie miesięczne wykonawcy w przedmiotowym postepowaniu ma charakter ryczałtowy i powinno być wyliczona w oparciu o szacunkowe ilości odpadów określone przez Zamawiającego w SIWZ. Dlatego też ilości te powinny być określone w SIWZ na poziomie w najwyższym stopniu rzeczywistym. Należy wobec tego przyjąć, że ilości określone w SIWZ mają właśnie taki charakter, co służyć ma uzyskaniu przez Zamawiającego ofert odpowiadających realnym potrzebom Zamawiającego ale jednocześnie zapewnieniu porównywalności złożonych ofert.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że sposób wezwania wykonawcy Komunalnik do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp musi odpowiadać wymogom tego przepisu, a zatem Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Komunalnik do złożenia

wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tj. przedstawienia kalkulacji ceny, z uwzględnieniem wszystkich kosztów, koniecznych do poniesienia w celu prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym m.in. kosztów transportu (w tym paliwa), kosztów utrzymania własnego zaplecza technicznego i pojazdów, w tym usług serwisowych, kosztów zapewnienia wymaganych kontenerów do odbioru odpadów, kosztów pracowników, kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, kosztów zagospodarowania pozostałych odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym kosztów zagospodarowania odpadów zebranych selektywnie, z uwzględnieniem kosztów sortowania i doczyszczania odpadów oraz ewentualnych przychodów z tytułu sprzedaży tych odpadów, itp.

Izba uznała, że w powyższym zakresie Zamawiający nie wykonał czynności wezwania zgodnie z wymogami art. 90 ust. 1 Pzp, dlatego czynność ta powinna podlegać powtórzeniu. Z tego też względu złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie mogą być zdyskwalifikowane, skoro wykonawca nie został prawidłowo wezwany do złożenia wyjaśnień i pouczony o obowiązku wykazania, że zaoferowana cena gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Stosownie do powyższego, Izba nakazała powtórzenie czynności przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp wyłącznie formalnie dopełnił procedury oceny złożonych wyjaśnień. Zamawiający jest tym samym zobowiązany do przeprowadzenia rzetelnej merytorycznej analizy wyjaśnień, które zostaną złożone przez wykonawcę Komunalnik, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia

opisanego w SIWZ, z uwzględnieniem w szczególności postanowień specyfikacji co do zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, które służą zapewnieniu porównywalności złożonych ofert.

II. **Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 Pzp,** przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dla prokurentów;

Zgodnie z pkt V.3.5 SIWZ, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców w ofercie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14-21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (część III sekcja A JEDZ). Zamawiający wskazał jednocześnie, że brak przedłożenia żądanych dokumentów będzie skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3, 3a i 4 ustawy Pzp.

Wykonawca Komunalnik przedłożył w postępowaniu dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dla prezesa zarządu. Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp dla prokurentów, zgodnie z informacją zawartą w odpisie KRS. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp, która weszła w życie od dnia 28 lipca 2016 r., wykonawcy zobowiązani są do wykazania, że żaden z urzędujących członków organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurent, nie został prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218- 221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, zpóźn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176), o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, skarbowe, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę Komunalnik do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 2 i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał w pkt V.2.1 ppkt 2 SIWZ, aby wykonawcy posiadali zezwolenie na transport odpadów komunalnych w zakresie następujących kodów odpadów: 2001 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 38, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99 (10 01 01), 20 02 01, 20 03 01, 20 03 39, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07 lub wpis do rejestru prowadzonego przez Marszałka województwa w zakresie transportu odpadów (część IV sekcja A punkt 2 JEDZ).

Wykonawca Komunalnik złożył decyzję Prezydenta Wrocławia z dnia 28 stycznia 2014 r. znak WSR-OG.6233.3.2014 wraz z decyzjami zmieniającymi, w której nie są wymienione wszystkie pojazdy przedstawione w Załączniku nr 3 tj. w Wykazie potencjału technicznego, w tym samochody MAN TAG o numerach rejestracyjnych ONY RY57 i ONY RY58. Z faktu, że wskazane powyżej pojazdy nie zostały wymienione w zezwoleniu na transport odpadów nie wynika, że posiadane zezwolenie jest nieważne lub nie odpowiada wymaganiom tego postępowania. Wpisanie ww. pojazdów do zezwolenia jest bowiem możliwe przed rozpoczęciem wykonywania przedmiotu zamówienia, natomiast na etapie składania ofert wykonawca nie ma takiego obowiązku w świetle postanowień SIWZ.

IV. **Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **,** wykonawcy Komunalnik, względnie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie zamiaru korzystania z podwykonawstwa;

Zgodnie z pkt XVIII ppkt 3 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do podania w formularzu ofertowym nazw podwykonawców wraz ze wskazaniem części zamówienia, które będzie wykonywał podwykonawca.

Wykonawca Komunalnik złożył w ofercie i w JEDZ oświadczenie, że nie będzie korzystał z podwykonawstwa. Wynikające z treści wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oświadczenie wykonawcy Komunalnik o zamiarze sprzedaży odpadów zebranych w gminie w sposób selektywny nie oznacza, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie zamówienia w tej części. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że wykonawca będzie korzystał z podwykonawcy w zakresie zagospodarowaniu odpadów zebranych selektywnie. Kwestia zakresu i rodzaju odpadów planowych do odsprzedaży powinna podlegać wyjaśnieniu przez wykonawcę Komunalnik w ramach dodatkowych wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W świetle powyższego treść oferty wykonawcy Komunalnik nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W omawianym zakresie, tj. co do obowiązku wskazania w ofercie podwykonawców Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty wykonawcy Komunalnik z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku ze stwierdzeniem przez Izbę naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie zaniechania prawidłowego wezwania i oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Komunalnik w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Komunalnik jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....