

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „KRIX-POOL” Krzysztof D., EKOZYSK 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie Dziekanówku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czosnów**

przy udziale wykonawcy - **Zakład Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o. z siedzibą w Otwocku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciążyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „KRIX-POOL” Krzysztof D., EKOZYSK 1 Sp. z o.o.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia -

Konsorcjum: Krzysztof D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „KRIX-POOL” Krzysztof D., EKOZYSK 1 Sp. z o.o. na rzecz **Zakładu Usług Komunalnych „BŁYSK” Sp. z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Czosnów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Czosnów*.

W dniu 26 sierpnia 2013 r. Konsorcjum: Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „KRIX-POOL” Krzysztof D., EKOZYSK 1 Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o., ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. nie wykazał, że baza magazynowo-transportowa położona w Nowym Dworze Mazowieckim spełnia wymagania pkt. VIII.3.6 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, baza ta nie spełnia wymagań

rozporządzenia Ministerstwa Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122). Wykonawca nie udowodnił, do czego jest zobowiązany na podstawie art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, a na terenie bazy mogą być parkowane samochody i magazynowane odpady. Dowodu takiego nie stanowi dokonana przez wykonawcę w piśmie skierowanym do Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wykładnia umowy, gdy pozostaje ona w oczywistej sprzeczności z literalnym brzmieniem umowy najmu, nie zezwalającym Wykonawcy na parkowanie samochodów. Niezależnie powyższego, baza ta nie spełnia innych wymagań określonych rozporządzeniem, co zostało stwierdzone w trakcie kontroli dokonanej przez Miasto Nowy Dwór Mazowiecki (dowód - pismo z dnia 25.07.2013r.). Miasto Nowy Dwór Mazowiecki stwierdziło bezprawne magazynowanie na bazie odpadów niebezpiecznych. Okoliczności te stały się podstawą do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na wykonanie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Nowy Dwór Mazowiecki. Wykonawca wobec opisanego wykluczenia nie złożył odwołania.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca już po raz drugi składa nieprawdziwe oświadczenia, a przedmiotowa baza odpowiada prawu i SIWZ - pierwszy raz na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r., drugi raz - na wezwanie Zamawiającego po wyroku KIO z dnia 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1529/13). Zdaniem Odwołującego, w tym stanie rzeczy przyjąć można na brak podstaw do wymiany bazy na nową w Otwocku. Wyrok

3

KIO należy bowiem rozumieć, w ocenie Odwołującego, jako odnoszący się wyłącznie do bazy w Nowym Dworze Mazowieckim. W przeciwnym razie doszłoby, wobec wezwania Zamawiającego z dnia 11 lipca 2013r., do złamania zasady jednokrotnego uzupełnienia dokumentów podmiotowych wyrażonej w art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca jednak nie przedstawił w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jakichkolwiek dowodów potwierdzających, a baza w Nowym Dworze Mazowieckim spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć stanowisko odmienne, także baza w Otwocku nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy, zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 14 z późn. zm.). Tymczasem baza w Otwocku wyposażona jest w niedrogi system kanalizacyjny, przez co nie sposób uznać, że Wykonawca spełnił powyższy warunek. Co więcej, przepis § 2 ust. 2 pkt 5 lit. d nakłada na wykonawcę obowiązek wyposażenia bazy w legalizowaną samochodową wagę najazdową. Zważywszy, że baza w Otwocku nie została wyposażona w wagę, o której mowa powyżej, również z tego względu Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, Zamawiający powinien był wykluczyć Wykonawcę z przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołane ustalenia faktyczne potwierdzają bowiem - zdaniem Odwołującego - że Wykonawca w sposób umyślny i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania bazy magazynowo-transportowej, w celu wykorzystania tego błędu do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podniósł, że skoro Wykonawca po raz kolejny składa nieprawdziwe informacje, mające świadczyć o tym, że przedmiotowa baza odpowiada przepisom prawa oraz SIWZ, nie można uznać, że jego działanie ma charakter działania nieumyślnego.

Niezależnie od powyższego, przyjmując hipotetycznie, że baza w Otwocku potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w toku niniejszego postępowania powziął podejrzenie, że cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska, efektem czego było wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja opierała się na założeniu, że strumień odpadów będzie kierowany do RIPOK, przy założeniu, że baza magazynowo-transportowa będzie usytuowana w Nowym Dworze Mazowieckim, a więc około 7 km od granic Czosnowa. Obecnie Wykonawca przyjął, że strumień odpadów

będzie kierowany do RIPOK przy założeniu, że baza usytuowana będzie w Otwocku, więc ponad 52 km od Czosnowa. Jest to zatem przeszło siedmiokrotnie większa odległość niż ta, którą Wykonawca miał pokonać przy założeniu, że baza będzie usytuowana w Nowym Dworze Mazowieckim. Co więcej, drogę tę należy pokonać przez stolicę kraju, co ma bardzo istotny wpływ na wzrost kosztów związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów. Koszty transportu są jednym z najistotniejszych, jeśli nie najistotniejszym elementem cenotwórczym usługi odbioru odpadów. Ich ukształtowanie na poziomie kilkukrotnie wyższym - w stosunku do pierwotnych założenia Wykonawcy - w oczywisty sposób pozwala uznać, że cena oferty nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia. Zważyć bowiem należy, że wątpliwości co do tego wzbudzała u Zamawiającego oferta Wykonawcy nawet przy założeniu znacznie niższych kosztów transportu. Toteż w obecnym stanie rzeczy, gdy są one kilkukrotnie wyższe, a ponadto mając na uwadze, że stanowią istotny element kalkulacji oferty, cena ta z pewnością nie pozwala zagwarantować prawidłowej realizacji zamówienia, a więc jest raczej niska. Odwołujący wskazał, że okoliczności powyższe pojawiły się dopiero na etapie wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2013 r., tym samym nie są objęte rozstrzygnięciem KIO z dnia 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1529/13).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w ich wyniku wykluczenia Zakładu Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 30 sierpnia 2013 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wykonawca Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł w dniu 6 września 2013 r. sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem VIII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) ppkt 3, o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- 3.1. co najmniej dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, przystosowanymi do opróżniania pojemników o pojemnościach 120 l, 240 l i 1100 l;

- 3.2. co najmniej dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;
- 3.3. co najmniej jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;
- 3.4. co najmniej jednym samochodem specjalnym z HDS przystosowanym do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w pojemnikach typu „dzwon” o pojemności min. 1.300l,
- 3.5. co najmniej jeden pojazd przystosowany do odbierania odpadów gromadzonych w kontenerach o pojemności 7m³;
- 3.6. bazą magazynowo-transportową usytuowaną:
 - a) w gminie Czosnów, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy,
 - b) na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny.

Pojazdy, o których mowa w punktach 3.1), 3.2) i 3.3) oraz baza magazynowo-transportowa muszą spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122).

Na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego bazy przedstawił wypełniony dysponowania magazynowo-transportową Odwołujący załącznik Nr 6 do SIWZ, w którym wskazał bazę usytuowaną w Nowym Dworze Mazowieckim przy ul. Przemysłowej 4, jako tytuł prawny do terenu wskazując umowę najmu. W treści oświadczenia znajdującego się w przedmiotowym załączniku wykonawca nie

określił, czy baza spełnia wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W związku z powyższym, w dniu 12 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia wypełnionego oświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący ponownie złożył załącznik Nr 6 do SIWZ, we wskazaniem, że przedstawiona w nim baza magazynowo-transportowa (zlokalizowana w Nowym Dworze Mazowieckim przy ul. Przemysłowej 4) spełnia wymagania określone w przywołanym wyżej rozporządzeniu.

W dniu 12 czerwca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Przystępującego. W dniu 21 czerwca 2013 r. Wojciech Byśkiniewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że Błysk wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania

6

bazy magazynowo-transportowej w sytuacji, gdy baza wskazana w ofercie tego Wykonawcy nie wskazuje na zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Wyrokiem z dnia 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1529/13) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła przedmiotowe odwołanie i nakazała Zamawiającemu m.in. zastosowanie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wobec oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. w Otwocku (odnośnie posiadania bazy magazynowo-transportowej). W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że wskazana przez ww. Wykonawcę baza, zlokalizowana w Nowym Dworze Mazowieckim, nie jest zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Wykonując powyższy wyrok Izby, Zamawiający, w dniu 5 sierpnia 2013 r., wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia załącznika Nr 6, wskazującego bazę magazynowo-transportową, która będzie spełniała wymagania przedstawione przez Zamawiającego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że baza pierwotnie wskazana w jego ofercie spełnia wymagania określone w SIWZ. Podniósł, że zgodnie z § 2 ust. 1 umowy najmu, wykonawca jest upoważniony do korzystania m.in. z placu parkingowego, a § 3 ust. 4 pkt 2 tej umowy, dotyczący doraźnego korzystania z utwardzonej powierzchni placu przy ul. Przemysłowej 4 dla celów załadunku i rozładunku (bez prawa parkowania) nie dotyczy powierzchni placu parkingowego, stanowiącego odrębną powierzchnię najmu, przeznaczoną do parkowania pojazdów wykorzystywanych przez Wykonawcę. Przystępujący wskazał ponadto, że na terenie nieruchomości wskazanej jako lokalizacja bazy magazynowo-transportowej nie prowadzi działalności związanej z segregacją odpadów komunalnych i ich przystosowaniem do przeładunku i wywozu do utylizacji, w związku z czym bezpodstawne są stwierdzenia, że miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego nie pozwala na prowadzenie działalności. Niezależnie od powyższych wyjaśnień, Przystępujący złożył nowy załącznik Nr 6 do SIWZ, w którym wskazał bazę magazynowo-transportową, zlokalizowaną w Otwocku, przy ul. Warsztatowej 2. W dniu 14 sierpnia 2013 r. Zamawiający dokonał oględzin ww. bazy, co udokumentował protokołem stwierdzającym jej zgodność z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.463.414,63 zł (zgodnie z protokołem postępowania druk ZP-PN, pkt 2.2 – kopia protokołu i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – tj.

7

1.800.000 zł (ZP-PN pkt 8.1). W terminie składania ofert złożył trzy oferty z następującymi cenami:

- 1.426.074,55 zł (oferta Przystępującego),
- 2.744.200,24 zł (oferta Odwołującego),

- 3.587.068,80 zł (oferta BYŚ" Wojciech Byśkiniewicz).

W dniu 28 maja 2013 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 3 czerwca 2013 r. Przystępujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrokiem z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1529/13, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu odtajnienie m.in. tego dokumentu). W przywołanym wyroku Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba - stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp - rozpoznała sprawę merytorycznie, w związku ze skutecznym wniesieniem sprzeciwu przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W odniesieniu do kwestii dysponowania przez Przystępującego bazą magazynowo-transportową, Odwołujący kwestionował zgodność z wymaganiami zarówno bazy wykazanej pierwotnie (zlokalizowanej w Nowym Dworze Mazowieckim), jak i bazy przedstawionej w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2013 r. (zlokalizowanej w Otwocku).

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu należy stwierdzić, że kwestia zgodności bazy magazynowo-transportowej w Nowym Dworze Mazowieckim była już przedmiotem oceny Izby w przywołanym wyroku, w uzasadnieniu którego Izba wskazała m.in.: *Jak bowiem wynika z umowy najmu tej nieruchomości dołączonej do oferty*

8

wykonawcy Błysk, na terenie tej nieruchomości Błysk nie może parkować samochodów (§ 3 ust. 4 pkt 2 umowy najmu stanowi, iż „Wynajmujący zezwala na doraźne korzystanie z utwardzonej powierzchni planu przy ul. Przemysłowej 4 dla celów załadunku i rozładunku (bez prawa parkowania)”, co nie tylko uniemożliwia mu korzystanie z tego terenu w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, ale i nie spełnia wymogów z ww. rozporządzenia. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że Miejscowy Plan Zagospodarowania Przestrzennego Miasta Nowy Dwór Mazowiecki (uchwała Nr XIV/154/2003 Rady Miejskiej w Nowym Dworze Mazowieckim z dnia 29 grudnia 2003r.), przesądza, że na terenie, na którym znajduje się wskazana baza nie dopuszcza się magazynowania odpadów. W konsekwencji przedwczesne jest uznanie, że wykonawca Błysk spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu odpowiednią bazą magazynowo-transportową; Zamawiający powinien w tym zakresie zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.

Zatem w poprzednim postępowaniu odwoławczym ustalone zostało, że Przystępujący nie wykazał, aby baza w Nowym Dworze Mazowieckim spełniała wymogi określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., a Przystępujący - mimo że złożył wyjaśnienia, w których polemizował z tą tezą - przedstawił na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu inną bazę, zlokalizowaną w Otwocku. To na podstawie dokumentów uzupełnionych w wykonaniu wyroku Izby (a nie złożonych wraz z ofertą) Zamawiający dokonał oceny spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu i tylko ten zakres dokumentów może być przedmiotem orzekania w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Wobec przyjęcia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów dotyczących bazy magazynowo-transportowej w Otwocku, kwestia spełniania wymagań przez bazę w Nowym Dworze Mazowieckim - wcześniej już dokonana przez Izbę - na obecnym etapie postępowania nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, który wywodził, że wezwanie

do uzupełnienia dokumentów i dokonane w jego wyniku powołanie się na dysponowanie inną bazą magazynowo-transportową było nieprawidłowe ze względu na to, że informacje dotyczące bazy w Nowym Dworze Mazowieckim były informacjami nieprawdziwymi, które winny skutkować automatycznym wykluczeniem Przystępującego z postępowania, bez zastosowania procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do tego stanowiska wskazać należy przede wszystkim na fakt, że zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji został podniesiony po upływie terminu na jego zgłoszenie, dotyczy on bowiem potencjału technicznego przedstawionego wraz z ofertą, mógł być zatem podnoszony po dokonaniu przez Zamawiającego pierwszej oceny ofert, czego Przystępujący

9

nie uczynił. Ustalenie w terminie późniejszym dodatkowych okoliczności, które w ocenie Odwołującego potwierdziły jego podejrzenie o złożeniu nieprawdziwych informacji, nie przywraca terminu na wniesienie odwołania.

Motywem podniesienia przedmiotowego zarzutu dopiero na obecnym etapie postępowania nie daje fakt późniejszego przeprowadzenia przez Urząd Miasta w Nowym Dworze Mazowieckim kontroli przedmiotowej bazy. Już po pierwszej ocenie ofert Odwołujący dysponował bowiem pełną wiedzą, jaki potencjał techniczny został wskazany w ofercie i uznany został przez Zamawiającego za spełniający wszystkie wymagania – i już wówczas mógł podnieść zarzut złożenia nieprawdziwych informacji. Na marginesie stwierdzić należy, że wyniki przeprowadzonej kontroli potwierdzają jedynie określony stan faktyczny na dzień jej przeprowadzenia (tj. 18 lipca 2013 r.) i same w sobie nie stanowią dowodu złożenia nieprawdziwych informacji, czyli informacji niezgodnych ze stanem na dzień składania ofert, złożonych w sposób zawiniony, z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W związku z powyższym, zarzuty dotyczące bazy magazynowo-transportowej w Nowym Dworze Mazowieckim nie mogły być obecnie skutecznie podniesione, a przedmiotem oceny Izby mogła być jedynie kwestia potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie dysponowania bazą magazynowo-transportową w Otwocku. W tym zakresie Izba ustaliła, że Odwołujący nie wykazał zasadności swoich zarzutów.

Kwestionując spełnianie wymagań określonych w SIWZ Odwołujący zarzucił, że ww. obiekt nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przedłożył sporządzoną na jego zlecenie opinię techniczną, przygotowaną bez dokonania oględzin działki, na podstawie mapy uzyskanej ze Starostwa Powiatowego w Otwocku i zdjęć dokonanych spoza terenu nieruchomości. W treści opinii znajduje się stwierdzenie, że na podstawie analizy map ustalono brak na terenie zakładu odстойников i separatorów olejowych oraz że wobec braku podłączenia do kanalizacji deszczowej, winien znajdować się zbiornik retencyjny do zagospodarowania wód opadowych, którego mapa nie obrazuje.

Tymczasem Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2013 r. dokonał oględzin nieruchomości, w celu bazy sprawdzenia zgodności magazynowo-transportowej z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. Wyniki oględzin potwierdzone zostały protokołem, w którym stwierdza się spełnienie przez obiekt wszystkich wymagań przewidzianych ww. rozporządzeniem, w tym w zakresie wyposażenia w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych.

10

W ocenie Izby, opinia techniczna przedłożona przez Odwołującego, sporządzona bez bezpośredniego zbadania nieruchomości, nie może stanowić wystarczającego przeciwdowodu w stosunku do ustaleń dokonanych w drodze oględzin i udokumentowanych przez Zamawiającego. Wiarygodność opinii podważa również fakt, że Przystępujący – wbrew temu co stwierdzono w opinii – wykazał wyposażenie bazy w separatory, składając kopię książki serwisowej urządzenia zlokalizowanego na terenie bazy, zawierającej wpisy potwierdzające wykonanie przeglądów serwisowych w latach 2011-2013.

Wobec powyższego (i w związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutu dotyczącego niewyposażenia bazy w legalizowaną samochodową wagę najazdową) brak było podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą magazynowo-transportową odpowiadającą wymaganiom określonym w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

Po pierwsze wskazać należy, że kwestia ta była już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą i została rozstrzygnięta w wyroku z dnia 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1529/13). Izba wskazała w nim, że nie stwierdziła, aby żło one przez wykonawcę Błysk wyjaśnienia w trybie 90 ust. 1 ustawy Pzp były niewystarczające na tyle, aby uznać je za niezło one – rzeczywiście wyjaśnienia zawierają część ogólną, w której wykonawca polemizuje z zasadnością wezwania go do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, ale ponadto zawierają również wskazanie czynników umożliwiających zaoferowanie ceny na takim poziomie, z podaniem ich wartości. Nawet gdyby w niniejszym postępowaniu wykonawca Błysk adnych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny nie zło ył, mo na byłoby rozwa ać, czy powstało domniemanie rażąco niskiej ceny w związku ze skierowaniem do niego wezwania w tej kwestii – bowiem cena oferty wykonawcy Błysk jako jedyna była skorelowana z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego i również jako jedyna mieściła się w ilości środków przeznaczonych na realizację zamówienia. W takich okolicznościach Zamawiający mo e wezwać wykonawcę do zło enia stosownych wyjaśnień, ale należy ostro nie oceniać, zwa ywszy na całokształt sytuacji w postępowaniu, ewentualność powstania domniemanie rażąco niskiej ceny w związku z samym faktem wystosowania zapytania w tej sprawie. (...) W zło onych wyjaśnieniach wykonawca Błysk podniósł, że jego cena jednostkowa znajduje się na poziomie cen jednostkowych zaproponowanych w okolicznych gminach – ceny jednostkowe wynikające z symulacji Odwołującego nie tylko poziom ten przewy szają znacznie, ale i nie mieszczą się w wysokości opłaty ustalonej dla mieszkańców za odbiór odpadów. Za miarodajny punkt odniesienia nie mo e być uznany szacunek Krajowej Izby Gospodarczej z października 2012

11

r., wskazujący na spodziewany poziom cen jednostkowych (Odwołujący na rozprawie przedło ył wyciąg z prezentacji sporządzonej przez Krajową Izbę Gospodarczą w październiku 2012 r.). W powy szych okolicznościach Izba nie stwierdziła w ofercie wykonawcy Błysk rażąco niskiej ceny i oddaliła zarzuty w tej kwestii.

Odwołujący powołał się na fakt, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny do czasu wydania przez Izbę wyroku z dnia 11 lipca 2013 r. były zastrze one jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie mógł wcześniej zapoznać się z ich treścią. Należy jednak zauwa yć, że Odwołujący w treści odwołania nie zakwestionował kalkulacji przedstawionej w tych wyjaśnieniach, a zarzut oparł wyłącznie na tezie o zwiększeniu się kosztów transportu odpadów w związku z przeniesieniem bazy magazynowo-transportowej z Nowego Dworu Mazowieckiego do Otwocka. Zdaniem Odwołującego, zmiana lokalizacji bazy na usytuowaną w większej odległości od miejsca realizacji zamówienia powoduje istotny wzrost kosztów wykonania usług i sprawia, że cena przedstawiona w ofercie nie pozwala zagwarantować prawidłowej realizacji zamówienia, a więc jest rażąco niska.

Tymczasem podczas rozprawy Odwołujący kwestionował kalkulację ceny oferty w odniesieniu do zakładanej ilości odpadów i kosztów ich zagospodarowania oraz wysokości przychodu z odpadów segregowanych. W ocenie Izby, są to zarzuty, które nie zostały podniesione w odwołaniu i z tego powodu nie mogły stanowić przedmiotu orzekania.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie mo e orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji, odwołanie podlega rozstrzygnięciu w takim zakresie, jaki wynikał z podniesionych w nim zarzutów. Z kolei zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać ądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. (X Ga 110/09), o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Należy więc stwierdzić, że zamieszczenie w odwołaniu stwierdzenia, że cena oferta jest rażąco niska nie jest wystarczające by kwestionować tę cenę w dowolnym aspekcie. Odwołujący miał bowiem obowiązek sprecyzować, w czym upatruje podstaw takiej tezy,

a pozostali uczestnicy postępowania mieli prawo powzięcia wiedzy na ten temat z treści odwołania, chociażby po to, aby móc należyście przygotować swoje stanowiska procesowe. Nie jest dopuszczalne, aby wykonawca w odwołaniu zgłaszał jedynie hasłowo sformułowane zastrzeżenie, a następnie - pod pozorem przedstawiania na rozprawie argumentacji

12

i dowodów - rozszerzał zarzuty po upływie terminu na ich zgłoszenie, w sposób zdecydowanie wykraczający poza ramy określone we wniesionym odwołaniu. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 980/13, KIO 1067/13, KIO 1072/13, KIO 1073/13, KIO 1078/13, KIO 1080/13), *odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu skargi odwołania.* Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 813/11), stwierdzając, że *zarzuty odwołania odnoszą się do określonego działania lub zaniechania Zamawiającego, a ich sformułowanie wymaga wskazania odpowiednich okoliczności faktycznych i prawnych. Umożliwienie podnoszenia nowych zarzutów na etapie rozprawy prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy uniemożliwia się przygotowanie linii obrony. Być może tak i zgłoszenie innych zarzutów warunkowałoby inne działania Zamawiającego w postępowaniu.*

Podzielając powyższy pogląd należy stwierdzić, że zarzuty dotyczące zaoferowania ceny raczej niskiej, poprzez zaniżenie ilości odbieranych odpadów i kosztów ich zagospodarowania oraz zawyżenie wysokości przychodu z odpadów segregowanych, jako podniesione dopiero na rozprawie, nie mogły być przedmiotem oceny Izby.

Kwestia raczej niskiej ceny w sposób wystarczający pod względem formalnym została w odwołaniu podniesiona wyłącznie w aspekcie wzrostu kosztów transportu odpadów wynikających ze zmiany usytuowania bazy magazynowo-transportowej. Niemniej jednak kwestia ta w toku rozprawy nie została przez Odwołującego rozwinięta i poparta dowodami, a stanowisko zaprezentowane na rozprawie i zgłaszane dowody zmierzały do wykazania wadliwości innych elementów kalkulacji ceny. Nie można oczekiwać, by to Przystępujący dowodził niezasadności tezy Odwołującego. To na Odwołującym - jako stronie, która z określonych faktów wywodzi skutki prawne - spoczywał zgodnie z art. 6 Kc ciężar udowodnienia tych faktów. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zmiana lokalizacji bazy magazynowo-transportowej, wskazanej na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, doprowadzi do wzrostu kosztów realizacji zamówienia w takim stopniu, który uczyni nierealnym należyte wywiązanie się wykonawcy z przyszłej umowy (zwłaszcza że cena oferty Przystępującego odpowiadała wartości oszacowanej przez Zamawiającego z uwzględnieniem maksymalnej dopuszczanej przepisami rozporządzenia Ministra

13

Środowiska odległości bazy magazynowo-transportowej od Gminy Czosnów). Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za gołosłowne i w konsekwencji niezastępujące na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, bowiem w świetle przywołanych przepisów, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, które następnie zostaje przez Izbę oddalone, zwrot tych kosztów przysługuje wyłącznie Przystępującemu, który wniósł sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Przewodniczący: