

WYROK
z dnia 3 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. w Wałbrzychu, FB Serwis Dolny Śląsk sp. z o.o. w Ścinawce Średniej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wałbrzych w Wałbrzychu

przy udziale wykonawcy P.H.U. Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. w Wałbrzychu, FB Serwis Dolny Śląsk sp. z o.o. w Ścinawce Średniej i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. w Wałbrzychu, FB Serwis Dolny Śląsk sp. z o.o. w Ścinawce Średniej tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. w Wałbrzychu, FB Serwis Dolny Śląsk sp. z o.o. w Ścinawce Średniej na rzecz Gminy Wałbrzych w Wałbrzychu kwotę 1 166 zł 20 gr (słownie: tysiąc sto sześćdziesiąt sześć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu 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 Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wałbrzych – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem łub odbieraniem odpadów komunalnych pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w I i II Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie Miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania porządku i czystości w Gminie Wałbrzych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 119-212472 w dniu 22 czerwca 2016 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 8 września 2016 r. informacji o wyniku postępowania odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. w Wałbrzychu, FB Serwis Dolny Śląsk sp. z o.o. w Ścinawce Średniej wnieśli odwołanie 16 września 2016 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Zamawiający w obu częściach postępowania uznał za najkorzystniejszą ofertę PHU Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 46 ust. 4a Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. w obu częściach postępowania ze względu na brak wniesienia prawidłowego wadium;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia PHU Komunalnik Sp. z o.o. za podanie nieprawdziwych informacji polegających na dysponowaniu bazą magazynowo - transportową pomimo wypowiedzenia umowy najmu przez bazę prowadzoną przez PUPiH COM-D sp. z o.o. w dniu 25 marca 2016 r.;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na zaniechanie wykluczenia PHU Komunalnik Sp. z o.o. za brak wykazania w obu częściach postępowania warunków udziału w postępowaniu: wiedzy i doświadczenia i brak możliwości uzupełnienia wykazu (Wykonawca nie posiada własnego doświadczenia i

powoływał się na potencjał innego podmiotu zatem brak możliwości pozyskania zobowiązania innego podmiotu ważnego na dzień składania ofert);

4. alternatywnie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp gdyby Izba uznała, iż w odniesieniu do braków oferty zachodzi obowiązek wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie powyższych warunków;
5. art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp ze względu na obowiązek wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków dysponowania bazą magazynowo - transportową oraz zdolnościami finansowymi;
6. art. 89 ust. 1 pkt 3) i 8) Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. w części II postępowania, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
7. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. w części II postępowania przez błędną ocenę złożonych w 'dnium 5 września 2016 r. wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i w konsekwencji uznanie oferty tego wykonawcy jako prawidłową mimo, że zawiera rażąco niską cenę;
8. art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. w części I postępowania przez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę oferty w celu ustalenia czy oferta nie podlega odrzuceniu;
9. art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ” zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu;
10. art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. w części I i II postępowania zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona, a zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień Wykonawcy w zakresie części II oraz zaniechał wezwania do wyjaśnień w zakresie części I, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty przez PHU Komunalnik Sp. z o.o., a także ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz innych przepisów wskazanych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

-
- unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 września 2016 r.;
 - uznanie oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. za podlegającą odrzuceniu w części II oraz wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części I;
 - wykluczenie PHU Komunalnik Sp. z o. o. w obu częściach ze względu na brak wniesienia

prawidłowego wadium;

- wykluczenie PHU Komunalnik Sp. z o.o. w obu częściach ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub alternatywnie wezwanie do wyjaśnień/uzupełnień dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, w tym w zakresie dotyczącym warunku dysponowania bazą magazynowo – transportową, tylko w przypadku, gdy Izba uznałaby, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;

- dokonania powtórnej oceny ofert w obu częściach postępowania z pominięciem ofert PHU Komunalnik Sp. z o. o.;

- wyboru w obu częściach postępowania jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

PHU Komunalnik Sp. z o. o. we Wrocławiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego i przystępującego o oddalenie odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp motywowanego tym, że cena oferty odwołującego przekracza możliwości finansowe zamawiającego, zatem uwzględnienie odwołania i wybór oferty odwołującego nie przyniesie rezultatu w postaci udzielenia zamówienia odwołującemu, lecz

unieważnienia postępowania. Zdaniem zamawiającego i przystępującego w konsekwencji odwołujący, pomimo posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, nie może ponieść szkody.

Nie można tracić z pola widzenia, że stosownie do art. 192 ust. 7 w związku z art. 180 ust. 3 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych w nim zarzutów związanych z czynnościami i zaniechaniami zamawiającego wskazanymi w odwołaniu. Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp powinny być badane w odniesieniu do zarzutów odwołania. Rozpoznawane odwołanie odwołanie dotyczy wyłącznie czynności zamawiającego polegającej na wyborze ofert przystępującego, które zdaniem odwołującego powinna być odrzucona, a ponadto przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Czynność unieważnienia postępowania nie została objęta zarzutami odwołania i nie może być wzięta pod rozważenie w tym postępowaniu odwoławczym. Nie jest prawidłowa ocena czynności i zaniechań zamawiającego przez pryzmat przyszłych, hipotetycznych czynności, których być może zamawiający dokona w postępowaniu. Pogląd przeciwny prowadzi do uniemożliwienia oceny prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym do – wbrew art. 7 ust. 3 Pzp - udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Ad. 1. W rozdziale IV IWZ zamawiający ustalił wymagania dotyczące wadium.

W zakresie dotyczącym zarzutu odwołania wymagał, aby wadium wniesione w formie gwarancji zawierało zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, jeśli wykonawca, którego ofertę wybrano, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 Pzp pełnomocnictw.

W odpowiedzi odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr KOR-034085 wystawionej przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. 11 sierpnia 2016 r., w której gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłaty na rzecz beneficjenta na jego pierwsze pisemne żądanie pełnej kwoty wadium, gdy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Istotę zarzutu stanowi możliwość zaspokojenia się zamawiającego z tej gwarancji w pełnym spektrum przesłanek ustawowych, z racji nie wymienienia w niej wprost, że wadium zostanie zatrzymane w przypadku braku uzupełnienia informacji dotyczących przynależności

do grupy kapitałowej, czego wymagają przepisy ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.

Należy się zgodzić odwołującym, że wystawca gwarancji formułując treść dokumentu odwołał się do przepisów ustawy obowiązujących w dniu wystawienia gwarancji, a więc przepisów znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie wymagają złożenia informacji o przynależności do grupy kapitałowej wraz z ofertą. Z faktu tego nie wynika jednak konieczność wykluczenia przystępującego.

Treść gwarancji wadialnej nie musi dokładnie odwzorowywać przepisów ustawy. Oświadczenie gwaranta, jak każde oświadczenie woli podlega interpretacji, z tym że wykładnia ta nie może mieć charakteru liberalnego. Wykładnia treści gwarancji doprowadziła Izbę do przekonania, że złożone przez niego gwarancje wadialne zabezpieczają zamawiającego we wszystkich okolicznościach wymaganych przepisami ustawy znajdującymi zastosowanie w postępowaniu, w tym również w odniesieniu do informacji związanych z przynależnością do grupy kapitałowej.

Informacja o przynależności do grupy kapitałowej oraz lista podmiotów wchodzących w skład tej grupy (które *nota bene* odwołujący złożył i których treść nie jest kwestionowana) stanowią oświadczenia wykonawcy, a wadium zapewnia zaspokojenie zamawiającego, w przypadku nieuzupełnienia oświadczeń. Taka wykładnia treści gwarancji jest uprawniona na zarówno przy odwołaniu do przepisów ustawy obowiązujących w postępowaniu, jak i tych w brzmieniu znowelizowanym. W pierwszym przypadku art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp stanowi o oświadczeniach i dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a taki walor ma oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej. Oświadczenie to potwierdza okoliczność, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, o czym stanowi wskazany w treści gwarancji art. 25 ust. 1 w brzmieniu znowelizowanym.

Wobec konstatacji, że treść gwarancji pozwala na realizację celu wadium Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp za niepotwierdzony.

Ad. 2. Warunkiem udziału w postępowaniu ustalonym przez zamawiającego co do potencjału technicznego wykonawcy w Rozdziale III pkt 1.3. lit C SIWZ było dysponowanie przez wykonawcę bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122). Potwierdzeniem spełniania tego warunku miało być oświadczenie wykonawcy złożone na formularzu stanowiącym załącznik Nr 6 do SIWZ, którego wzór przygotował zamawiający.

Zamawiający nie wymagał wskazania adresu bazy magazynowo-transportowej, a jedynie potwierdzenia spełnienia wymaga odległości bazy od granic miasta, podstawy

dysponowania bazą oraz tego czy wykonawca powołuje się w tym zakresie na zasoby innego podmiotu, czy na zasoby własne.

W odpowiedzi przystępujący złożył wymagane oświadczenie, w którym wskazał, że dysponuje bazami w odległości 60 km od granic miasta na podstawie umowy najmu i nie polega w tym zakresie na zasobach innego podmiotu, lecz na zasobach własnych.

Na rozprawie odwołujący złożył pismo zawierające wypowiedzenia umowy najmu bazy zawarta z przystępującym z PUPiH COM-D sp. z o.o. z 25 marca 2016 r., natomiast przystępujący złożył umowę dzierżawy nieruchomości z wyłącznym przeznaczeniem na bazę magazynowo-transportową zawartą 25 lipca 2016 r. pomiędzy przystępującym a TELERAJ Sp. z o.o. w Świdnicy.

Izba ustaliła, że umowa ta została zawarta przed dniem, w którym upływał termin składania ofert – 26 sierpnia 2016 r.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że przystępujący nie złożył zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania bazą magazynowo-transportową. Skoro zamawiający nie wymagał wskazania konkretnej bazy, a odwołujący wykazał

spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż w dniu, w którym upływał termin składania ofert dysponował wymaganą bazą, zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ad. 3. Istotą sporu jest ustalenie, jaka ilość odpadów jest wymagana dla wykazania wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia w obu częściach. Zamawiający i przystępujący twierdzili, że 16 000 Mg dla każdego z zadań, odwołujący, że 32 000 Mg.

Zamawiający warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia opisał pierwotnie w ten sposób, że wymagał, aby wykonawca wykonał lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie – usługi odbierania odpadów komunalnych niesegregowanych, segregowanych i zielonych w łącznej ilości co najmniej 16.000 Mg/rok.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 z 15 lipca 2016 r. wyjaśnił, że uzna warunek za spełniony w sytuacji, gdy wykonawca potwierdzi wykonywanie usługi odbierania odpadów komunalnych niesegregowanych, segregowanych i zielonych w łącznej ilości co najmniej 16.000 Mg/rok do każdego z zadań odrębnie.

Pismem z 3 sierpnia 2016 r. zamawiający zmienił treść SIWZ. Wskazał, że wykonawca musi udokumentować posiadanie odpowiedniego doświadczenia polegającego na wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności

jest krótszy w tym okresie – usługi lub usług odbierania odpadów komunalnych niesegregowanych, segregowanych i zielonych w łącznej ilości co najmniej 16.000 Mg.

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Nie jest sporne, że przystępujący posiada samodzielne doświadczenie w odbiorze odpadów w ilości 16.000 Mg, natomiast dopiero doświadczenie HEMAR Sp. z o.o., którego oświadczenie o udostępnieniu zasobów odwołujący złożył wraz z ofertą, umożliwi osiągnięcie progu 32.000 Mg.

Izba uznała zarzut odwołania za niepotwierdzony. Treść wymagania zamawiającego nie daje żadnych podstaw do twierdzenia, że dla ubiegania się o udzielenie zamówienia wymagane jest doświadczenie w wykonaniu usług odbioru 16.000 Mg odpadów odrębnie dla każdej części zamówienia. Dostrzec bowiem trzeba, że zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji sprzeciwiają się temu, aby dokonywać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie treści, których zamawiający nie wyraził wprost w treści SIWZ. Zgodnie z dobrze ugruntowaną linią orzecznictwem, z którą Izba w składzie rozpoznającym odwołanie się identyfikuje, przy ustaleniu treści wymagań zamawiającego dotyczącego warunku udziału w postępowaniu zastosowanie znajduje przede wszystkim wykładnia literalna, a wątpliwości co do treści wymagań zamawiającego nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy.

Z treści warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że zamawiający wymaga doświadczenia w wykonaniu usług odbioru odpadu o masie 16.000 Mg w odniesieniu do każdej części, zatem warunek należy interpretować w ten sposób, że takie doświadczenie daje wykonawcy możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia tak w jednej, jak i w obu częściach postępowania. Przystępujący takie doświadczenie posiada, zatem zamawiający oceniając pozytywnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Powołana przez odwołującego odpowiedź z 15 lipca 2016 r. wyjaśniająca treść SIWZ nie skłania twierdzenia przeciwnego, gdyż została wydana w odniesieniu do brzmienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, który zamawiający zmienił 3 sierpnia 2016 r. Ponieważ wyjaśnienia SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej jej treści, dzielą los SIWZ. Skoro dana treść SIWZ już nie obowiązuje, nie obowiązują również odpowiedzi zamawiającego, które się do niej odnoszą.

W tym stanie rzeczy ocena zobowiązania HEMAR Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów bezprzedmiotowa, gdyż odwołujący samodzielnie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jedyne dla porządku Izba ocenia, że treść tego zobowiązania jest wystarczająca wskazuje bowiem udostępniane zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, okres ich wykorzystywania, podstawę dysponowania. To że transfer tych zasobów w toku

wykonywania umowy nastąpi przez doradztwo i konsultacje, a nie przez samodzielne wykonanie części zamówienia (podwykonawstwo) nie stoi w okolicznościach sporu w sprzeczności z realnością udostępnienia tych zasobów. Dostrzec bowiem trzeba, że przedmiotem postępowania są usługi, a przystępujący posiada znaczące doświadczenie własne, stąd wsparcie w postaci doradztwa i konsultacji stanowi dostateczne wypełnienie wymagań art. 26 ust. 2b Pzp.

Zgodzić się należy z odwołującym, że zobowiązanie to zostało złożone w złej formie – kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez przystępującego, podczas gdy potwierdzenia powinien dokonać HEMAR Sp. z o.o., jednak jaj wskazano wcześniej nie ma to znaczenia dla oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez przystępującego.

Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Ad. 4. Wobec powyższych ocen zamawiający nie ma potrzeby wyjaśniać lub uzupełniać dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia wykonawcy i nie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Ad. 5. Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do warunku dysponowania bazą magazynowo-transportową. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że badał tę kwestię w związku z rozpatrywaniem wniosku przystępującego o wpis do rejestru działalności regulowanej. Zdaniem Izby ta własna wiedza zamawiającego może być wykorzystana w postępowaniu o udzielenie zamówienia i żądanie wyjaśnień od przystępującego jest całkowicie zbędne.

Nie budzi wątpliwości również spełnianie przez przystępującego warunku udziału w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej.

W tej mierze zamawiający wymagał w Rozdziale III pkt 1.4. SIWZ, aby wykonawca wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości:

- co najmniej 1.500.000 zł dla zadania I;
- co najmniej 2.200.000 zł dla zadania II.

W odpowiedzi odwołujący złożył dwie opinie mBanku S.A. oddział w Opolu z 28 czerwca 2016 r., w którym bank wskazał na wymaganą wysokość zdolności kredytowej. W każdej z opinii wskazano, której części postępowania dotyczy.

W ocenie Izby opinie te są wystarczające. Bank wystawiając opinie był poinformowany, że odwołujący ubiega się o obie części zamówienia, brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że wystawiając opinie nie zbadał kondycji odwołującego w odniesieniu do udzielenia mu kredytu w wysokości umożliwiającej sfinansowanie obu zadań, czemu dał wyraz wystawiając opinie. Potwierdza to jasno pismo tego banku z 20 września

2016 r. złożone przez przystępującego, z którego wynika, że bank uznał zdolność kredytową przystępującego w odniesieniu do obu zadań.

Izba uznała zatem, że zamawiający nie wyjaśniając oraz nie wzywając do uzupełnienia dokumentów w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej przystępującego nie naruszył art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Ad. 6. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w części II postępowania. Twierdzenie odwołującego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji było ściśle powiązane z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty przystępującego w części II postępowania. Ocena Izby, że cena oferty przystępującego nie była rażąco niska, skutkuje uznaniem zarzutu złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji za nieuzasadniony.

Ad. 7. Zamawiający ustalili wartość zamówienia w zadaniu II w kwocie 21.098.611,12 zł, odwołujący złożył ofertą z ceną 23.507.280,00 zł, przystępujący z ceną 13.088.682,00 zł. W związku z przekroczeniem progu 30% zamawiający pismem z 2 września 2016 r. wezwał PHU Komunalnik sp. z o.o. w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia;
2. przyjętych rozwiązań technicznych, organizacyjnych;
3. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy

4. kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 5 września 2016 r. przystępujący wskazał, że cena jego oferty - 13.088.682,00 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych mu warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia takich jak:

- 1) posiadanie własnego zaplecza technicznego, specjalnych pojazdów będących własnością wykonawcy w ilości odpowiadającej wymaganiom zamawiającego (załącznik nr 6 d oferty przetargowej);
- 2) baza magazynowo-transportowa zlokalizowana jest w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu;
- 3) wszystkie pojemniki, kontenery oraz urządzenia niezbędne do wykonania zamówienia stanowią własność wykonawcy;
- 4) wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co

sprowadza koszty dowozu pracowników do zera;

- 5) wykonawca posiada wprowadzony system zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników
- 6) wykonawca posiada wykwalifikowany personel biurowy w związku z czym nie ma potrzeby tworzenia nowych stanowisk do realizacji zadania co stanowi oszczędność przy realizacji tego zadania
- 7) wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów (często nawet 20 %) na zakup sprzętu. usług serwisowych, zakup pojemników.
- 8) wykonawca korzysta z indywidualnych rabatów na zakup paliw, oleju, opon.

Przystępujący przedstawił również koszty związane z odbiorem transportem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych niesegregowanych, segregowanych oraz zielonych:

„Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych jaką zaproponował wykonawca wynosi 494.64 zł za 1 Mg. Miesięczna średnia ilość odpadów wg załączników do SIWZ wynosi ok 1550 Mg.

Cena zagospodarowania 1 Mg odpadów niesegregowanych w Przedsiębiorstwie Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. zlokalizowanym w Zawiszów 5, 58 - 100 Świdnica wynosi 313,20 zł brutto. Koszt zagospodarowania wy niesie 485 460,00 zł brutto
Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie segregowanych odpadów komunalnych wynosi 494,64 zł za 1 Mg.

Miesięczna średnia ilość odpadów wg załączników do SIWZ wynosi ok 225 Mg.
Minimalny zysk, jaki został oszacowany na podstawie średnich stawek ze sprzedaży surowców pomniejszony o koszty związane z zagospodarowaniem niektórych grup odpadów (np. gabaryty) wyniesie nie mniej niż 20.000,00 zł brutto.

Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie zielonych odpadów komunalnych wynosi 199.80 zł za 1 Mg Uchwała nr XV/201/2015 RADY Miejskie; Wałbrzycha z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Wałbrzych określa odbiór odpadów zielonych w okresie od kwietnia do października. Ilość odpadów podzielono równo na okres 12 miesięcy w celu uśrednienia kosztu na potrzeby kalkulacji, a ta wg załączników do SIWZ wynosi 20 Mg. Miesięczny koszt zagospodarowania wyniesie 2.000.00 zł

Wykonawca zatrudni 9 kierowców oraz 10 pomocników. Wynagrodzenia kierowców wynosić będą. 5.000.00 zł/mies, natomiast wynagrodzenia pomocników 3 500 00 zł/mies. Wykonawca zatrudni dodatkowo dwóch pracowników terenowych wynagrodzenie każdego wyniesie 3.500.00 zł/mies.

Miesięczne zużycie paliwa oszacowano na 12 000 litrów.

Przy obecnych cenach generuje koszt w wysokości 52 000.00 zł brutto.

Usługi serwisowe oraz mycia i dezynfekcja pojazdów, naprawy oraz wymiany pojemników, mycie i dezynfekcja pojemników oszacowane na 30.000.00 zł brutto/mies.

Miesięczne wpływy z tytułu wynagrodzenia wyniosą, w przybliżeniu 880.000,00 zł brutto. Miesięczne koszty jakie Wykonawca poniesie uwzględniając wszystkie czynności wyszczególnione w SIWZ. a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia wyniosą 656 000,00 zł brutto. W ofercie przetargowej uwzględniono zysk na poziomie ok 30%

zaoferowanej ceny.

Koszty związane z odbiorem oraz transportem odpadów komunalnych niesegregowanych, segregowanych oraz zielonych:

Cena za odbiór i transport odpadów niesegregowanych oraz segregowanych o jaką zaproponował Wykonawca wynosi 189,00 zł brutto za 1 Mg. Miesięczna średnia ilość odpadów wg załączników do SIWZ wynosi ok 1675 Mg. Cena za odbiór i transport zielonych odpadów komunalnych wynosi 91,80 zł za 1 Mg Uchwała nr XW201/2015 RADY Miejskiej Wałbrzycha Z dnia 26 listopada 2015 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Wałbrzych określa odbiór odpadów zielonych w okresie od kwietnia do października, Ilość odpadów podzielono równo na okres 12 miesięcy w celu uśrednienia przychodu na potrzeby kalkulacji, a ta wg załączników do SIWZ wynosi 20 Mg.

Wykonawca zatrudni 9 kierowców oraz 10 pomocników, Wynagrodzenia kierowców wynosić będą 5.000,00 zł/mies. natomiast wynagrodzenia pomocników 3 500,00 zł/mies Wykonawca zatrudni dodatkowo dwóch pracowników terenowych, wynagrodzenie każdego wyniesie 3,500,00 zł/mies.

Miesięczne zużycie paliwa oszacowano na ok 10 000 litrów. Przy obecnych cenach generuje koszt w wysokości 43 333.00 zł brutto,

Usługi serwisowe pojazdów, mycia i dezynfekcja pojazdów, mycia i dezynfekcja pojemników, naprawy oraz wymiana pojemników oszacowane na 30 000.00 zł brutto/ miesiąc,

Miesięczne wpływy z tytułu wynagrodzenia wyniosą w przybliżeniu 315,000,00 zł brutto.

Miesięczne koszty jakie Wykonawca poniesie uwzględniając wszystkie czynności wyszczególnione w SIWZ, a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia wyniosą ok. 160,000,00 zł brutto, W ofercie przetargowej uwzględniono zysk na poziomie ok 50% zaoferowanej ceny."

Odwołujący kwestionował wyjaśnienia wskazując, że powołane czynniki nie mają charakteru wyjątkowych, podniósł brak udowodnienia ich zaistnienia oraz zarzucał pominięcie w wyjaśnieniach elementów kosztowych niezbędnych do realizacji zamówienia:

1. W odniesieniu do pojazdów:

-
- a. amortyzacja/leasing;
 - b. podatek od środków transportu;
 - c. ubezpieczenia środków transportu;
 - d. opłaty za GPS;
 - e. badania techniczne i ekspertyzy pojazdów;
 - f. aparaty fotograficzne (obowiązek umowny);
 - g. mycie i dezynfekcja pojazdów;
 - h. emisja do środowiska;
2. W odniesieniu do pojemników:
- a. amortyzacja/leasing;
 - b. podstawienie pojemników/zabranie pojemników;
 - c. mycie i dezynfekcja pojemników ustawionych na mieście;
 - d. zakup worków;
 - e. sprzedaż worków;
 - f. oznakowanie pojemników;
 - g. naprawa i bieżące naprawy pojemników;
3. W odniesieniu do bazy magazynowo - transportowej:
- a. podatek od nieruchomości/dzierżawa;
 - b. dozór bazy;
 - c. punkt sprzedaży worków w Wałbrzychu (wynajem + pracownik);
 - d. energia;
 - e. woda;
 - f. utrzymanie czystości (baza + szatnie);
 - g. magazyny na selektywną + ładowarka;
 - h. waga;
 - i. remonty i konserwacje;
4. W odniesieniu do pracowników:
- a. BHP - szkolenia;
 - b. BHP - odzież;
 - c. Wynagrodzenie pracowników administracyjnych;
 - d. Wyposażenie biura;

5. W odniesieniu do innych kosztów:

- a. ubezpieczenie OC nie niższe niż 1 000 000 zł;
 - b. doradztwo HEMAR;
 - c. poczta;
 - d. koszty administracji/obsługi prawnej/informatycznej;
-

Izba oceniła, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego są adekwatne do wezwania zamawiającego i wobec wyników postępowania dowodowego w sposób wystarczający wykazują rzetelny charakter ceny oferty przystępującego.

Przed wszystkim dostrzeżono, że odwołujący nie powołał się na czynniki wyjątkowe, lecz te które są mu dostępne, a każdy z nich może wpływać na obniżenie ceny oferty i nie musi charakteryzować wszystkich uczestników rynku odbierania odpadów. I tak w zależności od rozmiarów prowadzonej działalności i aktualnego stanu przedsiębiorstwa wykonawca dysponuje albo nie wystarczającą liczbą pojazdów, pojemników na odpady i kadry. Koszty transportu pracowników również stanowią czynnik indywidualizujący sytuację poszczególnych wykonawców, podobnie położenie bazy magazynowo transportowej.

Nie można pomijać, jak uczynił to odwołujący, że przystępujący przedstawił wyliczenia poszczególnych istotnych grup kosztów oraz założył znaczący 50% zysk. Wyliczeń odwołujący nie zakwestionował skutecznie w związku z czym Izba uznała je za wiarygodne i rozwiewające wątpliwości co do rzetelnego obliczenia ceny oferty. W konsekwencji Izba uznała, że przystępujący wywiązał się z ciężącej na nim powinności dowodowej, gdyż wobec wiarygodności wyjaśnień nie było potrzeby dalszego dopytywania wykonawcy lub żądania złożenia dowodów, których – w granicach określonych udzielonymi już wyjaśnieniami – miał prawo jeszcze żądać. Oceniając zarzut Izba uwzględniła również, że dowodów na okoliczności przeciwne do twierdzeń przystępującego odwołujący nie przedstawił, choć mógł i powinien był to uczynić zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp. Obciążenie wykonawcy, który złożył ofertą ciężarem dowodu w zakresie poprawności obliczenia ceny swojej oferty, ustalone w art. 190 ust. 1a Pzp, nie zwalnia całkowicie jego przeciwnika w sporze z powinności dowodowej. Przeciwnie, skoro cena rażąco niska, to cena poniżej kosztów wytworzenia usługi i oderwana od realiów rynkowych, uzasadnione jest oczekiwanie, że odwołujący podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskaże poziom cen rynkowych, gdyż stanowią one punkt odniesienia przy ocenie wyjaśnień. Jeśli odwołujący wskazuje na pominięcie pewnych grup kosztów powinien podać ich wartość oraz wpływ ich pominięcia na cenę całej oferty, a tego odwołujący zaniechał. Odmówiono mocy dowodowej wyliczeniu przedstawionemu przez odwołującego z powodu braku wskazania podstaw ich dokonania. Można przypuszczać, że punktem odniesienia była kalkulacja ceny oferty odwołującego, która znacząco przewyższa oszacowanie wartości zamówienia, której zamawiający dokonał na podstawie cen rynkowych.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona przez przystępującego w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp uznana za niepotwierdzony.

Ad. 8. W części I postępowania wartość szacunkowa zamówienia dla tej części wyniosła zgodnie z protokołem postępowania 11 413 888,89 zł (12 327 000 zł brutto). Wartość oferty przystępującego wyniosła w części I: 8 807 778 zł, a więc ponad 71% wartości szacunkowej powiększonej o VAT, cena oferty odwołującego to 15.396.480 zł. Natomiast średnia cen ofert w części I wyniosła 12 102 129 zł, a więc cena oferty przystępującego stanowiła ponad 72% tej średniej.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający biorąc pod uwagę fakt wezwania PHU Komunalnik sp. z o.o. w części II, powinien powziąć wątpliwości do wyceny oferty w części I.

Jak wskazano wcześniej twierdzenia odwołującego o zaniżeniu ceny oferty przystępującego są bezpodstawne. Dostrzeżono również, że odwołujący na rozprawie nie odnosił się do tego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp uznano za niepotwierdzony.

Ad. 9 i 10. Konsekwencją niepotwierdzenia zarzutów wobec zdolności podmiotowej i

ceny oferty przystępującego jest stwierdzenia braku naruszenia art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, jako że zamawiający wybrał ofertę, która nie jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający nie naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż obaj wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu i złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 1.1660 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie zasądono kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z uwagi na niezłożenie rachunku wymaganego § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Nie przyznano również kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, gdyż w sytuacji gdy spór toczy się między stronami (zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, a wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu) jest to prawnie niedopuszczalne.

Przewodniczący: