

Sygn. akt: KIO 1944/13

WYROK

z dnia 5 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-700 Ruda Śląska, ul. Kokotek 33; Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Pyskowicach, 44-120 Pyskowice, ul. Zaolszany 3 reprezentowanych przez: radcę prawnego R..... Z..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna R..... Z....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzelce Opolskie, 47-100 Strzelce Opolskie, Pl. Myśliwca 1,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rydułtowy, 44-280 Rydułtowy, ul. Raciborska 114 B (pełnomocnik) i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, 47-100 Strzelce Opolskie, ul. Mickiewicza 2**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-700 Ruda Śląska, ul. Kokotek 33; Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Pyskowicach, 44-120 Pyskowice, ul. Zaolszany 3 reprezentowanych przez: radcę prawnego R..... Z..... (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna R..... Z....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) 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 **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-700 Ruda Śląska, ul. Kokotek 33; Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Pyskowicach, 44-120 Pyskowice, ul. Zaolszany 3** reprezentowanych przez: radcę prawnego **R..... Z.....** (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna R..... Z....., ul. Dworkowa 3, 00-784 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Opolu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Gmina Strzelce Opolskie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z Gminy Strzelce Opolskie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2013 r., nr 2013/S 078-131418.

W dniu 31 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Pyskowicach, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż cena jednostkowa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zmieszanych jest niewiarygodna, powodująca nieopłacalność wykonania całego zamówienia. W szczególności w ofercie została przyjęta nierealnie niska cena zagospodarowania odpadów zmieszanych. W konsekwencji tego cena całej oferty stała się rażąco niska, a wykonanie zamówienia na warunkach cenowych określonych w ofercie, spowodowałoby poniesienie przez konsorcjum znaczących strat finansowych. Według zamawiającego, minimalna średnia cena zagospodarowania odpadów zmieszanych powinna kształtować się na poziomie 300 zł/Mg.

W dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2013 r.) na niezgodność z ustawą czynności zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naprzód Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rydułtowy oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Mieszkaniowych Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, zwanych dalej „konsorcjum Naprzód”, jako najkorzystniejszej
2. odrzuceniu oferty odwołującego

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
3. dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż brak jest podstaw by kalkulację cenową opierać na podstawie przypuszczeń, że na przełomie III i IV kwartału br. w Południowo-Wschodnim Regionie Gospodarki Odpadami Komunalnymi, do którego należy Gmina Strzelce Opolskie zostanie uruchomiona instalacja MBP w Dzierżysławiu (gm. Kietrz), która poprzez uzyskanie statusu instalacji regionalnej (RIPOK) będzie jedyną instalacją, do której będą mogły trafiać zmieszane odpady komunalne odbierane z terenu Gminy Strzelce Opolskie. Brak jest także podstaw by przyjąć do kalkulacji cenowej wydatek w postaci kosztu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w regionalnej instalacji na poziomie 300 zł za 1 Mg. W konsekwencji, spodziewany przez zamawiającego koszt zagospodarowania odpadów w instalacji, która ma dopiero powstać w przyszłości nie może stanowić o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego.

Nadto dodał, iż fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wykazać winien zamawiający, który jak najbardziej może i powinien ustalić realną wartość rynkową swego przedmiotu zamówienia, a zasadność takiego ustalenia cen / wartości zamówienia na takim poziomie powinien móc udowodnić. Sama deklaracja oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest.

Tymczasem w niniejszej sprawie zamawiający nie sprostął obowiązkowi, wynikającemu z rozkładu ciężaru dowodu, sprowadzającemu się do udowodnienia, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zdołał bowiem wskazać jakichkolwiek okoliczności, które zgodnie z przytoczonym przez odwołującego orzecznictwem, mogłyby stanowić podstawę domniemania faktycznego co do istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego. W szczególności, jako podstawa do takiego wnioskowania nie może posłużyć przedstawiony przez zamawiającego zbiór domysłów związanych z uzyskaniem statusu RIPOK przez składowisko odpadów komunalnych w Dzierżysławiu (gm. Kietrz), w której to planowanej do uruchomienia instalacji hipotetyczny koszt przyjęcia 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych miałby wynosić 300 zł netto. Na okoliczność, iż twierdzenia te stanowią jedynie domysły zamawiającego świadczy chociażby treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, w którym to dokumencie zamawiający posługuje się m.in. następującymi stwierdzeniami: „prawdopodobne”, „niebawem”, „najprawdopodobniej”, „domniemywać”, itp.

Podniósł także, iż uchwała nr XX/272/2012 Sejmiku Województwa Opolskiego z dnia 28 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Opolskiego” nie uległa zmianie przed upływem terminu składania ofert, jak również nie uchwalono jej zmiany w okresie od dnia upływu terminu składania ofert do dnia wniesienia niniejszego odwołania. Ewentualna zmiana uchwały wiąże się z koniecznością przejścia całego procesu legislacyjnego. W tym stanie rzeczy uchwała pozostaje wiążącym aktem

prawa miejscowego, na podstawie którego obowiązkiem wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Strzelce Opolskie będzie przekazywanie odpadów zmieszanych do jednej z czterech instalacji przeznaczonych do zastępczej obsługi Regionu Południowo-Wschodniego, wskazanych w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Opolskiego. Tak więc aktualnie obowiązująca uchwała przewiduje, że w Regionie Południowo-Wschodnim, do którego należy Gmina Strzelce Opolskie nie istnieje żadna instalacja o statusie RIPOK. W uchwale przewidziano zaś cztery instalacje do zastępczej obsługi tego regionu. Żaden akt prawny nie stwierdza, że instalacja prowadzona przez Naprzód Sp. z o. o. w Dzierżysławiu uzyska status RIPOK (instalacja jest "planowana", podobnie jak kilka innych "przyszłych" RIPOK). Wszelkie zapewnienia formułowane przez Naprzód Sp. z o. o. co do otrzymania statusu RIPOK przez składowisko w Dzierżysławiu nie mogą zostać uznane za przekonywujący dowód, podmiot ten jest bowiem bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Wyobrażenia i plany Naprzód Sp. z o. o. nie muszą przełożyć się na rychłe uruchomienie RIPOK, bowiem uchwały i inne akty podejmowane przez sejmik wojewódzki podlegają zaskarżeniu (zmiana uchwały w sprawie wykonania WPGO wchodzi w życie dopiero po wyczerpaniu trybu odwoławczego).

Pismem z dnia 12 sierpnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo konsorcjum Naprzód otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 14 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Naprzód przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 5 SIWZ „Wymogi dotyczące przekazywania odebranych odpadów zmieszanych odpadów komunalnych (...)” ppkt 5.1. zamieścił postanowienie, iż „wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w stosownej regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów (RIPOK) a w przypadkach szczególnych instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi, zgodnie z „Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Opolskiego na lata 2012 – 2017”.

Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Opolskiego na lata 2012 – 2017 w Regionie Południowo – Wschodnim, do którego należy gmina Strzelce Opolskie przewiduje powstanie trzech regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, tj. w Dzierżysławiu, Kędzierzynie Koźlu oraz Szymiszowie.

Natomiast - zgodnie z uchwałą Nr XX/272/2012 Sejmiku Województwa Opolskiego w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Opolskiego w Regionie Południowo - Wschodnim - do czasu powstania instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania (główna część RIPOK) przewidziano cztery instalacje zastępcze a mianowicie w Dzierżysławiu, Ciężkowicach, Opolu i Domaszkowicach.

Odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował cenę brutto w wysokości 5 549 148,00 zł, w tym za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych zaoferował cenę netto w wysokości 318,00 zł oraz cenę brutto w wysokości 343,44 zł (str. 2 oferty).

Pismem z dnia 6 czerwca 2013 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując m.in., iż „wątpliwości wzbudza wysokość ceny jednostkowej „odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zmieszanych (najistotniejszy składnik cenowy oferty, wobec wstępnych informacji o planowanych cenach przyjęcia odpadów na RIPOK w rejonie (...)”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, pismo z dnia 10 czerwca 2013 r.

Pismem z dnia 14 czerwca 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1554/13 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty obecnego odwołującego i ponowienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty.

W dniu 31 lipca 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując m.in., iż cena jednostkowa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zmieszanych jest niewiarygodna, powodująca nieopłacalność wykonania całego zamówienia. W jego ocenie minimalna średnia cena zagospodarowania odpadów zmieszanych powinna kształtować się na poziomie 300 zł/Mg.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie odpady zmieszane zobowiązany będzie dostarczyć do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), a w jej braku w regionie do instalacji zastępczych wskazanych w stosownej uchwale Sejmiku Województwa Opolskiego. Niewątpliwym jest także, iż na dzień składania ofert na terenie Regionu Południowo – Wschodniego, do którego należy gmina Strzelce Opolskie, nie funkcjonował żaden RIPOK a funkcjonowały i nadal funkcjonują jedynie instalacje zastępcze. Niemniej jednak – jak wynika z treści SIWZ – wykonawca, który będzie realizował to konkretne zamówienie, został zobowiązany do zagospodarowania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w stosownej regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów (RIPOK) a dopiero w jej braku do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi. Pierwszą z instalacji, która otrzyma status RIPOK w przedmiotowym regionie z początkiem IV kwartału 2013 r. będzie instalacja przetwarzania odpadów komunalnych w Dzierżysławiu. Powyższe wykazał zamawiający, przedkładając m.in. pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego z dnia 2 sierpnia 2013 r., w którym jako przewidywany termin zmiany uchwały w sprawie wykonania planu (dotyczącej RIPOK) wskazano „IV kwartał 2013r.”. Prace nad rozbudową tej instalacji (instalacji w Dzierżysławiu), która ma być instalacją o statusie RIPOK – jak wynika z oświadczenia przystępującego złożonego na rozprawie - zostały już zakończone. Wystąpiono także z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie całej instalacji RIPOK, o fakcie tym informując stosowne inspekcje i straże. Tym samym uprawdopodobniając, iż wykonawcy jeszcze w 2013 r. zobowiązani będą dostarczać odpady zmieszane do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) w Dzierżysławiu. Cena 1 Mg odpadów zmieszanych dostarczanych do tej właśnie instalacji, celem zagospodarowania, bez względu na status, wynosi 300,00 zł. Cena ta była znana wykonawcom, zwracającym się ze stosownym zapytaniem do zarządzającego tą instalacją (mającą obecnie status instalacji zastępczej), na wcześniejszym etapie postępowania. Pismo zawierające taką informację wystosowano także do odwołującego, choć ani odwołujący, ani też uczestnik postępowania nie dysponują dowodem przekazania tych informacji. Tym niemniej odwołujący, będąc profesjonalistą, powinien był dołożyć należytej staranności celem uzyskania takiej informacji odpowiednio wcześniej występując ze stosownym

zapytaniem. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do kosztów zagospodarowania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, w przypadku realizacji obowiązku ich dostarczenia do RIPOK, ograniczając się jedynie do wskazania jakie są ceny zagospodarowania tego rodzaju odpadów na innych instalacjach zastępczych. To, iż odwołujący skalkulował swoją ofertę w oparciu o kwotę 191,00 zł netto, gdyż w swej kalkulacji uwzględnił ceny ze składowiska w Ciężkowicach, jest bez znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia. Z chwilą uruchomienia RIPOK w Dzierżysławiu to tam właśnie odwołujący będzie musiał dostarczać odpady celem zagospodarowania. Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie będzie bowiem zobowiązany dostarczać odpady zmieszane do zagospodarowania wyłącznie do wskazanego RIPOK. Wówczas też koszt tego właśnie elementu kalkulacji będzie wynosić 300,00 zł. Cena ta (przewidywana przez zarządzających instalacją w Dzierżysławiu), mimo stanowiska odwołującego, iż jest ona wygórowana i nieporównywalna z cenami obowiązującymi w tym rejonie na innych instalacjach zastępczych, co skutkowało wystąpieniem przez odwołującego do UOKiK, nie została jeszcze za taką uznana. Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

Tymczasem to wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Wielkość redukcji ceny może bowiem wynikać wyłącznie z czynników, które zostaną przez niego przedstawione, a takich czynników odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił. Wyjaśnienia te są ogólnikowe i nie wynika z nich podstawa do przyjęcia, iż będzie możliwa realizacja zamówienia (zagospodarowania odpadów w RIPOK) mimo innej wskazanej przez niego, niższej wysokości istotnego elementu kalkulacji ceny. Skoro więc takich właśnie informacji odwołujący nie przedstawił nie można uznać, iż zaoferowana przez niego cena tego elementu kalkulacji nie jest ceną rażąco niską. Dlatego też uznać należy, iż zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie, uznając je za stanowisko składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: