

**WYROK**

**z dnia 7 czerwca 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**1) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów,**

**2) Gminę Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Ostrów 225, 39-103 Ostrów, 3) EURO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec,**

**4) Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie, Ostrów 225, 39- 103 Ostrów,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Trzebownisko, Trzebownisko 976, 36-001 Trzebownisko,**

przy udziale wykonawcy: **Zakładu Komunalnego w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, ul. Łazienna 7, 36-050 Sokołów Małopolski,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy - Zakładu Komunalnego w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - **Gminę Trzebownisko**, 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: **1) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Gminę Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, 3) EURO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, 4) Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie**, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 zasądza od zamawiającego - **Gminy Trzebownisko** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Gminy Ostrów – Zakładu Usług Komunalnych w Ostrowie, 3) EURO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, 4) Gminnego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie** kwotę **18 957 zł 32 gr** (słownie: **osiemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt siedem złotych trzydzieści dwa grosze**), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Gmina Trzebowniko [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Trzebowniko w okresie 1.7.2016-31.12.2017 roku*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2016/S 051-085013 w dniu 12 marca 2016 roku.

W dniu 20 maja 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Gmina Ostrów – Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, 3) EURO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, 4) Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie [zwani dalej łącznie: „odwołującym”] wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (przy czym w trakcie rozprawy odwołujący wyjaśnił, że omyłkowo wskazał na „art. 89 ust. 1 pkt 3”, zamiast „art. 89 ust. 1 pkt 4”);
4. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim pomimo, iż wyjaśnienia złożone

przez Wykonawcę potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów i okoliczności podniesionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim;
4. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, odwołujący wnosił o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego w całości.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że oferta złożona przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jest zarówno niezgodna z treścią SIWZ, jak też zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty złożonej przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim z treścią SIWZ odwołujący wskazywał na następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności odwołujący wywodził, że instalacja odzysku i unieszkodliwiania odpadów wskazana w ofercie Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim, tj. Instalacja w Sigielkach (gmina Krzeszów) nie spełnia wymogów SIWZ. Powołał się na postanowienie zawarte w rozdziale III pkt 1 ppkt 3 SIWZ, z którego wynika, że zakres przedmiotowego zamówienia obejmuje m.in.: *„Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami”*. Ponadto, powołał się na postanowienie zawarte w rozdziale III pkt 10 ppkt b SIWZ, gdzie zamawiający wymaga, aby zebrane odpady wykonawca przekazywał do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią odpadów wynikającą z przepisów ustawy z dnia 14.12.2012 o odpadach. Odwołujący podkreślił, że przepisy ustawy prawo o odpadach do której odsyła SIWZ, wyraźnie wymagają uwzględnienia tzw. zasady bliskości, czyli obowiązku przekazywania odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, do najbliższych miejsc, w których mogą być przetworzone, co wynika z art. 20 ust. 2 tej ustawy. Zauważył również, że w art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach, ustawodawca wyraźnie zakazuje przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone. Tymczasem, Instalacja w Sigielkach (Krzeszów) znajduje się w Regionie Północnym

(powiat niżański), czyli poza Regionem Centralnym, w którym są wytwarzane odpady (powiat rzeszowski i strzyżowski). Odwołujący stwierdził, że wprawdzie Instalacja w Sigielkach jest instalacją zastępczą dla Regionu Centralnego, ale Zakład Komunalny Sp. z o. o. nie wykazał by instalacje położone w Regionie Centralnym nie mogły zagospodarować odpadów, których dotyczy zamówienie. Podkreślił, że najbliższej Gminy Trzebownisko jest położona instalacja do odzysku i unieszkodliwiania odpadów w Rzeszowie przy ul. Ciepłowniczej 11, bowiem odległość od centrum Trzebowniska do instalacji w Rzeszowie wynosi 13 km, natomiast odległość od centrum Trzebowniska do instalacji w Sigielkach wynosi ponad 50 km.

W ocenie odwołującego, powyższe świadczy o tym, że Zakład Komunalny Sp. z o. o. w Sokołowie Małopolskim zaoferował zamawiającemu wykonanie zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów w sposób niezgodny z SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wywodził, że baza magazynowo - transportowa wskazana w ofercie Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na postanowienie zawarte w rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 8 *Obowiązki Wykonawcy w zakresie odbioru odpadów* ppkt i) SIWZ, z którego wynika, iż realizacja zamówienia odbywać się powinna przy wykorzystaniu posiadanej przez Wykonawcę bazy magazynowo - transportowej na terenie Gminy Trzebownisko lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Trzebownisko, na terenie do którego Wykonawca posiada tytuł prawny oraz bazy, która spełnia 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, poz. 122). Analogiczna regulacja zawarta została w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ w § 3 ust. 1 ppkt i), która to regulacja określa obowiązki umowne Wykonawcy.

Odwołujący zauważył, że Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim do realizacji zamówienia wykorzystywać będzie bazę magazynowo - transportową, położoną w Sokołowie Małopolskim przy ul. Łaziennej 7, która nie spełnia wymogów określonych w określonych § 2 ust. 2 pkt. 1 w/w Rozporządzenia, zgodnie z którym teren bazy magazynowo - transportowej powinien być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym. Odwołujący wskazywał, że teren pod adresem: Sokołów Małopolski, ul. Łazienna 7 - jest niezabezpieczony, dostępny dla dowolnych osób trzecich, a nadto jest tam zorganizowany gminny plac targowy uruchomiony w 2015 r. przez Gminę Sokołów Małopolski, czynny codziennie i przeznaczony do bieżącej sprzedaży artykułów

rolno-spożywczych, co zostało stwierdzone podczas wizji lokalnych przeprowadzonych przez pracowników wyznaczonych przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w dniach 11 i 18 maja 2016 roku (na potwierdzenie czego odwołujący załączył do odwołania protokoły z wizji lokalnej i dokumentację zdjęciową). Dodał również, że informacja o tym, iż omawiane miejsce funkcjonuje i jest urządzone jako plac targowy w Sokołowie Małopolskim znajduje się na oficjalnej stronie internetowej tej gminy.

Dalej, odwołujący zauważył, że teren bazy, o którym mowa powyżej, nie spełnia wymogów określonych w § 2 ust. 2 pkt 4 w/w Rozporządzenia, zgodnie z którym teren bazy magazynowo - transportowej powinien być 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, albowiem dla tej bazy nie zostało wydane pozwolenie wodnoprawne, o którym mowa w art. 122 ustawy Prawo wodne.

Następnie, odwołujący podnosił, że wykonawca Zakład Komunalny w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. w załączniku Nr 7 do oferty nie wskazał, że posiadana przez niego baza magazynowo - transportowa wyposażona jest w legalizowaną samochodową wagę najazdową, czego wyraźnie wymaga zamawiający w treści SIWZ (rozdział V A. pkt 3.1.). Pomimo tego braku zamawiający nie wezwał ww. wykonawcy do wyjaśnień czy uzupełnienia oferty i złożenia jednoznacznego oświadczenia przez wykonawcę, że oferowana przez niego baza magazynowo - transportowa jest wyposażona w legalizowaną najazdową wagę samochodową, co jest zdaniem odwołującego o tyle niezrozumiałe, iż w stosunku do innych uczestników postępowania zamawiający wystąpił z żądaniem złożenia takiego oświadczenia. Stwierdził również, że przeprowadzone przez pracowników Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej wizje lokalne wykazały, że na terenie tej bazy brak jest jakiegokolwiek samochodowej wagi najazdowej.

Z kolei odnosząc się do kwestii związanych z podniesionym zarzutem zaniechania odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący wskazywał co następuje.

Na wstępie odwołujący podkreślił, że pismem z dnia 5 maja 2016 roku zamawiający wobec ww. wykonawcy wszczął procedurę uzyskania wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca ten złożył wyjaśnienia pismem z dnia 9 maja 2016 r.

Odwołujący podnosił, że w przypadku wszczęcia przez zamawiającego postępowania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp występuje domniemanie, że cena danej oferty jest rażąco niska, natomiast ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego wykonawca Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie podołał obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, a złożone przez niego wyjaśnienia wręcz potwierdzają dodatkowo ocenę, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, iż przedstawiony w ofercie i wyjaśnieniach tego wykonawcy sposób obliczenia ceny świadczy o rażącym zaniżeniu ceny, co wyklucza rzetelne i zgodne z oczekiwaniami zamawiającego wykonanie zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący przedstawił okoliczności, które jego zdaniem uzasadniają ocenę zaoferowanej przez ww. wykonawcę kwoty wynagrodzenia jako zaniżonego w sposób rażący i niedopuszczalny, a mianowicie:

- 1) wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest o ponad 30% niższa od wartości jaką zamawiający zamierza przeznaczać na sfinansowanie zamówienia;
- 2) wysokość deklarowanych przez wykonawcę kosztów pracowniczych jest o ponad 30% zaniżona w stosunku do obiektywnego minimalnego poziomu takich kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) deklarowane przez wykonawcę koszty pracownicze nie uwzględniają wszystkich obiektywnie rzeczywistych kosztów z tym związanych;
- 4) deklarowane przez wykonawcę koszty worków na odpady są o ok. 500% niższe od średniego kosztu worków wskazanego w wyjaśnieniach wykonawcy;
- 5) wykonawca nie uzasadnił dostatecznie sposobu obliczenia spodziewanych kosztów działań edukacyjnych;
- 6) deklarowane przez wykonawcę koszty transportu są o ponad 68% niższe w stosunku do obiektywnie rzeczywistych kosztów z tym związanych;
- 7) deklarowane przez wykonawcę koszty transportu nie uwzględniają wszystkich obiektywnie rzeczywistych kosztów z tym związanych;
- 8) wysokość deklarowanego przez wykonawcę kosztu zagospodarowania odpadów jest o ponad 50% niższa aniżeli ceny odbioru odpadów stosowane w instalacji wskazanej w ofercie wykonawcy;
- 9) wykonawca nie uzasadnił dostatecznie sposobu obliczenia spodziewanych kosztów obsługi pojemników i zagospodarowania odpadów;
- 10) wykonawca nie przedstawił żadnego szacunku spodziewanych kosztów bazy magazynowo transportowej, którą wskazał w ofercie;
- 11) wykonawca nie przedstawił żadnego szacunku spodziewanych kosztów pozostałych

usług związanych z realizacją kontraktu, a których konieczność realizacji wynika z treści SIWZ;

12) wykonawca nie przedstawił żadnego szacunku planowanej rezerwy na nieprzewidziane wydatki w toku realizacji zamówienia;

13) wykonawca zaoferował w postępowaniu cenę znacznie niższą od cen zaoferowanych przez tego wykonawcę za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w sąsiednich gminach.

Następnie odwołujący przedstawił szczegółowe uzasadnienie powyższych okoliczności wskazując, co następuje.

Odwołujący zauważył, że już z prostego porównania kwot wynagrodzenia zaoferowanego przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim, tj.: 2 047 032,00 zł oraz sumy jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj.: 3 200 000,00 zł wynika, że wysokość ceny z oferty tego wykonawcy jest o 30% niższa od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia w postępowaniu, co stanowi samoistną przesłankę do przyjęcia domniemania rażącego zaniżenia ceny przez wykonawcę i do wdrożenia postępowania z art. 90 ustawy Pzp. Podkreślił również, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie wskazuje na planowane oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, czy też pomoc publiczną, którą wykonawca wykorzysta na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, Wskazał, że wyjaśnienia te nie odwołują się do jakiegokolwiek z okoliczności wymienionych przykładowo przez ustawodawcę w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie ograniczają się do próby uzasadnienia kalkulacji planowanych przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, która to kalkulacja tylko potwierdza zarzut rażącego i niedopuszczalnego zaniżenia oferowanej ceny przez tego wykonawcę.

Odwołujący podnosił, że koszty pracownicze zostały istotnie zniżone. Wskazał, że kalkulacja wykonawcy - Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim zakładała zatrudnienie pracowników fizycznych - 6 etatów, przy wynagrodzeniu wraz z narzutami 3 300 zł x 18 miesięcy = 356 400 zł. Odwołujący jednocześnie powołał się na postanowienia SIWZ (rozdział V A. pkt 3.1.) wskazujące na to jaką ilością pojazdów wykonawca winien dysponować. Odwołujący wskazywał, że zakładając, iż do obsługi przedmiotowego zamówienia po stronie wykonawcy będą pracować 3 pojazdy: w tym 2 śmieciarki oraz 1 samochód do selektywnej zbiórki odpadów to wymagana będzie ich obsługa przez minimum 3 kierowców i po 2 pomocników do każdej śmieciarki oraz 1 pracownik do obsługi selektywnej zbiórki odpadów, co w sumie daje minimum 8 etatów pracowników fizycznych, a nie 6 etatów jak wynika z wyjaśnień Zakładu



Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim Przy zakładanym wynagrodzeniu 3 300 zł miesięcznie, wynagrodzenie łączne z tego tytułu wyniesie 475 200 zł, czyli o 33,33 % więcej niż zakłada wykonawca. Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że w zadeklarowanych kosztach pracowniczych ww. wykonawca nie ujmuje w ogóle jakichkolwiek innych aniżeli wynagrodzenie świadczeń należnych pracownikom, a które obiektywnie oceniając muszą wystąpić przy realizacji przedmiotowego zamówienia, jak np.: kosztów odzieży ochronnej z widocznym logo firmy (wymóg Zamawiającego ze str. 11, pkt 12 SIWZ), kosztów prania odzieży ochronnej, kosztów badań okresowych pracowników, kosztów szczepień ochronnych pracowników, kosztów posiłków regeneracyjnych, napojów, kosztów innych obowiązkowych świadczeń socjalnych dla pracowników.

Odnosząc się do kwestii związanej z kosztami worków na odpady odwołujący wskazywał, że przedstawionym przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim wyliczeniom szacowanych kosztów worków, tj.:  $17\ 500 \times 0,4 \times 18 = 126\ 000$  zł przeczą załączone przez tego wykonawcę dowody nabycia tych worków (faktury załączone do wyjaśnień). Suma z przedłożonych faktur wynosi bowiem łącznie 38 076,14 zł za 19 815 sztuk worków, co daje średnią cenę 1 szt. worka w wysokości 1,92 zł, natomiast wykonawca w wyliczeniu tej pozycji zarówno w ofercie, jak też swoich wyjaśnieniach, przyjął cenę 0,40 zł za 1 sztukę worka, co oznacza, że koszt ten został zaniżony przez wykonawcę 5-krotnie.

Z kolei w zakresie kosztów edukacji odwołujący podnosił, że załączone do wyjaśnień dowody w postaci faktur za zakup książek z okienkami, innych materiałów biurowych, usługę transportową, biletów wstępu do kina, aparatów cyfrowych (4 szt.), książek dla dzieci, nie określają w żaden sposób, jakie koszty zostaną faktycznie poniesione na działania edukacyjne przez wykonawcę. Ponadto, odwołujący zauważył, że wykonawca w ogóle nie uzasadnia takich pozycji jak koszty wynagrodzeń pracowników, druku ulotek, materiałów informacyjnych, ogłoszeń itp.

Następnie, w zakresie kosztów transportu, odwołujący wskazywał, że wykonawca poza kosztami paliwa nie uwzględnia innych kosztów, które wystąpią w związku z transportem odpadów, a mianowicie nie kalkuluje kosztów napraw pojazdów, kosztów utrzymania czystości pojazdów (obowiązkowe mycie pojazdów co 2 tygodnie zgodnie z postanowieniami rozdziału V A. pkt. 3.1. SIWZ), kosztów podatku od środków transportu, kosztów ubezpieczenia OC, kosztów zużycia opon, smarów, olejów i innych materiałów eksploatacyjnych, kosztów nawigacji GPS, kosztów leasingu pojazdów Volvo i Renault oraz najmu pozostałych pojazdów, wskazanych przez wykonawcę w ofercie (załącznik nr 7 do SIWZ poz. 4-9) jako pojazdy posiadane przez wykonawcę na podstawie leasingu lub najmu. Ponadto, zdaniem odwołującego, również przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja kosztów paliwa jest niewiarygodna, albowiem wykonawca zakłada  $1600\ l \times 4,5 \times 18 = 129$

600 zł, nie wykazując przy tym poziomu zużycia paliwa na 100 km przez posiadane przez niego pojazdy, ilości kilometrów niezbędnych do przejechania przez śmieciarki odbierające odpady na terenie Gminy Trzebowniko, odległości od miejsca odbioru do składowiska odpadów do składowiska Sigielki w gminie Krzeszów. Odwołujący stwierdził, że zakładając, iż do realizacji zamówienia potrzebnych będzie co najmniej 3 pojazdy, które w ciągu dnia zużyją 40 l paliwa x średnio 22 dni robocze w miesiącu, to zużycie wynosić będzie 2 640 l x 18 miesięcy, czyli pojazdy zużyją łącznie 47 520 l oleju x 4,5 zł, co daje równowartość 213 840 zł, a tymczasem wykonawca przyjął wartość paliwa 129 600 zł, co jest wartością o 68,5 % niższą. Odwołujący zwrócił również uwagę, że wykonawca w swoich założeniach przyjmuje stałą cenę nabycia 1 litra paliwa, tj. 4,50 zł, niezmiennie przez okres 18 miesięcy obowiązywania umowy z zamawiającym i nie zakłada w tym przypadku żadnej rezerwy w związku ze zmianami cen paliwa w czasie, co wyklucza możliwość oceny takiej kalkulacji jako wiarygodnej.

Odnosząc się do kwestii kosztów zagospodarowania odpadów odwołujący wskazywał, że z załączonej do oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim decyzji Starosty Rzeszowskiego z marca 2014 r. wynika, że niesegregowane zmieszane odpady komunalne mogą być przez wykonawcę unieszkodliwiane tylko poprzez przekazywanie ich na składowisko odpadów, nie mogą być one magazynowane, lecz muszą być przetwarzane bezpośrednio po ich dostarczeniu na składowisko, co oznacza, że wykonawca ten będzie musiał wszystkie odpady komunalne odebrane z terenu Gminy Trzebowniko przekazywać do składowiska w Krzeszowie, które wskazał w swojej ofercie. Następnie stwierdził, że w oficjalnym cenniku usług przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych instalacji w Sigielkach w gminie Krzeszów, zamieszczonym na stronie internetowej, została podana stawka 250 zł za 1 Mg odpadów. Tymczasem, wykonawca podaje, że koszt zagospodarowania odpadów szacuje na 963 032,00 zł, co po podzieleniu przez ilość odpadów szacowanych przez zamawiającego w okresie wykonania zamówienia na 7,750 Mg odpadów (rozd. III pkt 6. SIWZ) - daje stawkę w wysokości 124,26 zł za 1 Mg odpadów. Powyższe wskazuje na to, że wykonawca zaniżył o 51 % koszt stawki za 1 Mg zagospodarowania odpadów w stosunku do ceny obowiązującej w instalacji zagospodarowania odpadów wskazanej w ofercie wykonawcy.

W kwestii wyjaśnień dotyczących kosztów pojemników i zagospodarowania odpadów odwołujący zauważył, że Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim w sposób niedopuszczalny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w całości treść swoich wyjaśnień przy piśmie skierowanym do zamawiającego z dnia 9 maja 2016 r. w zakresie załączników nr 7 i 8. Ponadto, podnosił, że wykonawca ten nie wskazał w swoich wyjaśnieniach jakichś szczególnych okoliczności dotyczących zastosowanych przez niego

rażąco niskich poziomów kalkulacji przedmiotowych kosztów oraz, że nie wiadomo czy poza cenami odbioru odpadów, wykonawca zamierza zastosować jakieś nowe technologie czy też inne unikatowe dla tego wykonawcy rozwiązania, które pozwalałyby mu na zaoferowanie tak niskiej ceny, w związku z czym wyjaśnienia wykonawcy również w tym zakresie należałoby, zdaniem odwołującego, ocenić jako niewiarygodne.

Następnie odwołujący wskazywał, że wykonawca nie przedstawił w ogóle wyjaśnień w zakresie zakładanych kosztów utrzymania i funkcjonowania wskazanej w jego ofercie bazy magazynowo - sprzętowej, przy czym z treści oferty wynika, że baza ta jest przez niego najmowana. Podkreślił, iż wyjaśnienia wykonawcy nie zawierają w ogóle kalkulacji kosztów: najmu, mediów, podatku od nieruchomości, czy też jakichkolwiek innych kosztów związanych z posiadaniem przez wykonawcę w/w bazy.

Odwołujący zauważył ponadto, że ww. wykonawca nie wyjaśnia jakie planuje ponieść koszty na realizację pozostałych usług objętych przedmiotem zamówienia, określonym w SIWZ, a mianowicie: kosztów mobilnej zbiórki odpadów, która będzie prowadzona na terenie 10 sołectw 3 razy w czasie trwania umowy, tj. przez 30 dni oraz zagospodarowania odpadów zebranych w czasie zbiórki mobilnej, tj. odpadów budowlanych, szkła okiennego, bioodpadów oraz odpadów wielkogabarytowych; kosztów organizacji i obsługi Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych udostępnionego raz na 2 tygodnie dla mieszkańców Gminy Trzebowno; kosztów zbierania przeterminowanych leków ustawienia pojemników w punktach aptecznych oraz utylizacji; kosztów zbiórki baterii oraz ustawienia pojemników; kosztów kontroli spełniania przez właścicieli nieruchomości, od których odbiera odpady-segregacji odpadów komunalnych oraz dostarczenia mieszkańcom harmonogramów odbioru odpadów.

Następnie podniósł, że wykonawca nie przewidział jakiegokolwiek rezerwy na nieprzewidziane wydatki w toku realizacji zamówienia, choćby związane z kosztami zużycia paliwa, awarii lub innych niespodziewanych zdarzeń, co zdaniem odwołującego, świadczy o braku wiarygodności i rzetelności oferty.

Odwołujący podkreślił również, że w innych postępowaniach dotyczących podobnych zamówień jak objęte przedmiotowym postępowaniem, tj. w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminach sąsiednich dla Gminy Trzebowno (tj. w gminie Krasne i Sokołów Małopolski), wykonawca - Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim zaoferował już znacznie wyższe wynagrodzenia aniżeli w tym postępowaniu, tj. wyższe odpowiednio o 81 % i 40 %.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 25 maja 2016 roku - w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, a w dniu 30 maja 2016 roku – w formie pisemnej, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 25 maja 2016 roku wykonawca - Zakład Komunalny w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożył pismo - w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym - w którym ustosunkował się do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W dniu 3 czerwca 2016 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego – odwołujący złożył pismo procesowe, zawierające dodatkową argumentację.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę – Zakład Komunalny w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [zwanego dalej: „*przystępującym*”].

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 20 maja 2016 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem faksu, drogą elektroniczną oraz pocztą.

Pismo, zawierające zgłoszenie przystąpienia wykonawcy - Zakładu Komunalnego w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim - doręczone zostało - w formie pisemnej - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2016 roku, tj. w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie, Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), oferty złożonej przez przystępującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień złożonych przez przystępującego.

Izba postanowiła także dopuścić dowody z dokumentów załączonych przez odwołującego do odwołania, jak również dokumenty, załączone do pism procesowych stron i uczestnika postępowania odwoławczego, jak również złożone w trakcie rozprawy przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 3 czerwca 2016 roku.

W toku rozprawy w dniu 3 czerwca 2016 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie w jakim podstawą tego zarzutu były okoliczności związane z brakiem pozwolenia wodnoprawnego, o którym mowa w art. 122 ustawy Prawo wodne (strona 5 odwołania). W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w odwołaniu. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że wskazując na podstawy prawne podniesionych zarzutów (na stronie 2 odwołania) w pkt 3 omyłkowo wskazał na „art. 89 ust. 1 pkt 3” zamiast „art. 89 ust. 1 pkt 4”.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim pomimo, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Trzebowniko w okresie od 01.07.2016 - 31.12.2017 roku.*

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] w rozdziale III – *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 1 dot. przedmiotu zamówienia wskazał, że zakres zadania obejmuje:

„1) *Odbieranie odpadów komunalnych, określonych poniższej, wytworzonych na terenie Gminy Trzebowniko, a pochodzących od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Rodzaje odpadów: zmieszane odpady komunalne, szkło, papier, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, odpady komunalne ulegające biodegradacji w tym odpady zielone, przeterminowane leki, zużyte baterie.*

2) *Odbieranie wskazanych odpadów od właścicieli nieruchomości w ramach tzw. mobilnej zbiórki odpadów: odpady budowlane i rozbiórkowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyte opony, zużyte akumulatory, tekstylia, chemikalia.*

3) *Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.*

4) *Osiąganie określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych : papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, osiaganie określonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, a także ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.*

5) *Prowadzenie dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem tj. m.in. przedkładanie Zamawiającemu sprawozdań kwartalnych zgodnie ze zobowiązaniem wynikającym z art. 9n ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

6) *Kontrola właścicieli nieruchomości w zakresie zbierania odpadów komunalnych w sposób niezgodny z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Trzebowniko*

7) *Wyposażenie nieruchomości w pojemniki i worki do gromadzenia odpadów.”*

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę: 2 928 205,88 zł netto, co stanowi 701 383,47 euro (wartość brutto zamówienia wynosi 3 162 462,35 zł). Cena oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Komunalny w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim opiewa na kwotę 2 047 032,00 zł brutto.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Zamawiający w dniu 5 maja 2016 roku na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy oraz, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 9 maja 2016 roku wykonawca - Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przy czym wyjaśnienia te zawierają

wymienienie 9 pozycji kosztowych (pozycja 7 i 8 zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w stosunku do których, w części jawnej, wykonawca wskazywał, że zawierają one bezpośrednie informacje o kosztach prowadzonej działalności, jak np. indywidualnie negocjowane ceny odbioru odpadów, ceny pojemników). Ponadto, do wyjaśnień załączono faktury związane z poszczególnymi pozycjami kosztowymi. Wyjaśnienia Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim w istocie sprowadzają się do przedstawienia dowodów w postaci faktur, dotyczących wskazanych elementów mających wpływ na wysokość ceny, nie zawierają zaś żadnego uzasadnienia merytorycznego, oprócz przedstawienia sposobu obliczenia poszczególnych pozycji kosztowych, które z kolei referują do pozycji uprzednio wskazane w ofercie, za wyjątkiem pozycji: „Zysk”, która nie została ujęta w ofercie.

Wykonawca przedstawił kalkulację w części jawnej wyjaśnień w sposób następujący:

- „1. Pracownicze (administracja)  $1000 \text{ zł} \times 6 \text{ osób} = 6\,000 \text{ zł} \times 18 = 108\,000 \text{ zł}$ ,
2. Pracownicze (fizyczne)  $3300 \text{ zł} \times 6 \text{ osób} = 19\,800 \text{ zł} \times 18 = 356\,400 \text{ zł}$ ,
3. Worki –  $17\,500 \text{ szt.} \times 04, \text{ zł} = 7\,000 \text{ zł} \times 18 = 126\,000 \text{ zł}$ ,
4. Edukacja  $5 \times 1600 \text{ zł} = 8\,000 \text{ zł}$ ,
5. Paliwo  $1600 \text{ litrów} \times 4,5 \text{ zł} = 7\,200 \text{ zł} \times 18 = 129\,600 \text{ zł}$ ,
6. Amortyzacja  $2\,777,77 \times 18 = 50\,000 \text{ zł}$ ,
7. –
8. –
9. Zysk  $88\,232 \text{ zł} / 18 = 4\,901,77 \text{ zł}$ ”

oraz załączył dowody w postaci faktur w odniesieniu do ww. pozycji, a ponadto w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca przedstawił kalkulację dla pozycji 7 i 8 wraz z dowodami (umową i ofertą handlową).

Przed wszystkim należy zauważyć, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*, natomiast z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że: *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Na podstawie zaś art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*.



Zdaniem Izby, ocena wyjaśnień złożonych przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim w dniu 9 maja 2016 roku, prowadzi do wniosku, że są one niejasne, nieprecyzyjne i nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Wyjaśnienia te w zasadzie nie przedstawiają żadnych szczególnych okoliczności leżących po stronie wykonawcy, a jedynie, jak słusznie zauważył odwołujący w piśmie procesowym z dnia 3 czerwca 2016 roku, zawierają bardzo uproszczone zestawienie ogólnych pozycji kosztów, składających się na wykonanie zamówienia wraz z kserokopiami wybranych faktur.

Izba, w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 189/15, który został powołany przez odwołującego w treści odwołania, iż: *„W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.”*

Tak naprawdę wyjaśnienia złożone przez wykonawcę przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie zawierają żadnego uzasadnienia merytorycznego dla zakładanej kalkulacji poszczególnych pozycji kosztowych. Jednocześnie należy zauważyć, że być może dla niektórych pozycji kosztowych taki sposób prezentacji wyjaśnień byłby wystarczający, jak np. dla zakładanego zysku, kosztów worków czy pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia (przy czym, odnosząc się do zarzutu odwołującego, iż wykonawca zaniżył koszt worków 5-krotnie z uwagi na przyjęcie zaniżonej ceny za 1 sztukę worka, stwierdzić należy, że przy uwzględnieniu okoliczności, że faktury przedstawione przez wykonawcę dotyczą zakupu rolek obejmujących po 10 sztuk, to w tym przypadku koszty te zostały skalkulowane prawidłowo). Jednak nie w przypadku wszystkich rodzajów kosztów taki sposób prezentacji wyjaśnień będzie w pełni uzasadniony z tego względu, że wykonawca powinien odnieść się do poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (choćby przedstawić uzasadnienie ilości planowanych etatów, uzasadnienie kosztów zużycia paliwa, czy kosztów związanych z przeprowadzaniem działań edukacyjnych).

Niektóre z pozycji kalkulacji są nieadekwatne do przedstawionych dowodów i tak np. wykonawca zakładał koszty amortyzacji na poziomie 2 777,77 zł miesięcznie, przy czym do wyjaśnień załączył przykładowo wybrane faktury na zakup części do pojazdów, czy wystawionymi w związku z naprawami pojazdów. Natomiast, jak słusznie zauważył

odwołujący, amortyzacja jest kosztem związanym ze stopniowym zużywaniem się środków trwałych i nie można utożsamiać tego pojęcia z kosztami związanymi z bieżącą eksploatacją pojazdów i ich naprawą. Nadto, wykonawca załączył w tym zakresie jedynie wybiórcze faktury nie wskazując w treści wyjaśnień żadnego uzasadnienia dla zakładanych kosztów.

W ocenie Izby wykonawca nie wyjaśnił w sposób rzetelny wszystkich elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę. Przede wszystkim wyjaśnienia przez niego złożone, w tym przedstawiona kalkulacja, nie przedstawiają żadnego uzasadnienia dla wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Mianowicie, wykonawca w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, załączonym do oferty (według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ), wskazał, że dysponuje 6 pojazdami, w tym 4 posiada na podstawie umowy najmu, a 2 na podstawie leasingu. Ponadto, z ww. wykazu wynika, że posiada on również na podstawie umowy najmu bazę magazynowo – transportową i Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Tymczasem, w przedstawionych wyjaśnieniach, w tym w kalkulacji kosztów, wykonawca w ogóle nie ujął kosztów związanych z najmem/leasingiem pojazdów czy najmem bazy transportowo – magazynowej. Przystępujący wprawdzie w piśmie procesowym z dnia 25 maja 2016 roku twierdził, że ujął wszelkie koszty związane z kosztami transportu w kosztach amortyzacji, jednak nie wynika to w żaden sposób z wyjaśnień tego wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż w wyjaśnieniach przystępujący wskazał na kalkulację kosztów amortyzacji na poziomie 2 777,77 zł, co potwierdzać miały załączone faktury wystawione w związku z naprawą pojazdów czy zakupem części do pojazdów, na łączną kwotę zbieżną z kwotą wskazaną w kalkulacji. Zatem, nie wynika w żaden sposób z przedstawionych wyjaśnień, że wykonawca ten uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej również koszty najmu/leasingu pojazdów niezbędnych do realizacji zamówienia. Okoliczność, że koszty związane z posiadaniem bazy transportowo – magazynowej są znikome, bo wykonawca prowadzi różnego rodzaju usługi dla innych gmin, czy, że koszty najmu bazy są niewielkie nie została wykazana na etapie wyjaśnień.

Słusznie również odwołujący zarzucał, że wyjaśnienia złożone przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie dotyczą kwestii kosztów pozostałych usług, objętych przedmiotem zamówienia, takich jak: kosztów 3 mobilnych zbiórek odpadów, które będą prowadzone w czasie trwania umowy w każdej z 10 miejscowości (rozdział III pkt 5 ppkt 3 SIWZ); kosztów udostępnienia mieszkańcom Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przynajmniej raz na 2 tygodnie (rozdział III pkt 8 lit. e) SIWZ); kosztów zbierania przeterminowanych leków i ustawienia pojemników aptekach

(rozdział III pkt 4 ppkt 4 SIWZ); kosztów zbiórki baterii oraz ustawienia pojemników (rozdział III pkt 4 ppkt 3 SIWZ). Wprawdzie w piśmie z dnia 25 maja 2016 roku przystępujący wskazywał, że uwzględnił wszystkie koszty, o których mowa powyżej, ale nie wynika to w żaden sposób z wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez tego wykonawcę. Prawdą jest, co twierdzi przystępujący, iż zamawiający nie wymagał aż tak szczegółowej kalkulacji, jednakże ocena przedstawionych przez niego wyjaśnień, prowadzi do wniosku, że wykonawca w kalkulacji ceny oferty nie uwzględnił wszystkich elementów mających wpływ na wysokość tej ceny, a wynikających choćby z konieczności uwzględnienia zakresu przedmiotu zamówienia. Wykonawca sprowadził swoje wyjaśnienia w zasadzie do przedstawienia kalkulacji poszczególnych elementów kosztowych i z tej kalkulacji wynika, że nie jest ona zupełna i w pełni rzetelna.

Odnosząc się do kwestii kosztów związanych z prowadzeniem działań edukacyjnych w zakresie edukacji ekologicznej również przyznać należy rację stanowisku odwołującego, że załączone do wyjaśnień faktury za zakup książek, innych materiałów, druk ulotek, bilety wstępu do kina, pobranie aparatu fotograficznego, usługę transportową, nie określają jakie faktycznie koszty zostaną poniesione na te działania. W rozdziale XIII pkt 2 lit. B) SIWZ, dotyczącym kryteriów oceny ofert – kryterium „Edukacja Ekologiczna” zamawiający wskazał, że kryterium to: *„będzie rozpatrywane na przykładzie zrealizowanych kampanii społecznych (przynajmniej 2 kampanie, polegające na wydruku książek, ulotek, plakatów informujących o sposobach zagospodarowania odpadów i zorganizowaniu spotkań z dziećmi i młodzieżą w szkołach lub podczas pikników rodzinnych), podanych przez Wykonawcę w Formularzu Oferty”*. Przystępujący zaoferował zrealizowanie 5 kampanii społecznych w zakresie edukacji ekologicznej. Załączone do wyjaśnień faktury są wybiórcze i trudno na ich podstawie zakładać rzetelność wyjaśnień w tym zakresie, nawet z uwagi na to, że przystępujący w żaden sposób nie uzasadniał swojej kalkulacji co do działań edukacyjnych. Ponadto, przystępujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach choćby kosztów osobowych związanych z realizacją kampanii społecznych, a które wydają się konieczne, skoro zakłada organizację spotkań z dziećmi i młodzieżą (co też wynika z faktur np. na zakup biletów do kina)

Wykonawca – Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 23 maja 2016 roku wskazywał m.in., że: *„Podnoszenie kosztów bazy Wykonawcy i kosztów pozostałych usług czy brak szacunku rezerwy jest nieuprawnione albowiem koszty te wliczone są w zysk Wykonawcy, można przyjąć, że koszty te w ofercie mogą stanowić cyfrę zero”*. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że po pierwsze – ta okoliczność nie wynika w ogóle z wyjaśnień wykonawcy, a po drugie – niezasadne jest tłumaczenie

wykonawcy, że w przypadku konieczności poniesienia pewnych kosztów może pokryć je z zakładanego zysku. Za nieprawidłową należałoby uznać kalkulację przedstawiającą zysk i jednocześnie zakładającą pokrycie niezbędnych kosztów do realizacji zamówienia z tego zysku. Oczywistym jest, że zawsze mogą wystąpić niespodziewane wydatki, które przedsiębiorca będzie musiał pokryć kosztem zakładanego zysku, jednak w sytuacji, gdy pewne koszty są przewidywalne i konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, to takie wyjaśnienie nie zasługuje na aprobatę.

Zwrócić należy uwagę także na fakt, iż wykonawca przedstawiając w ofercie obliczenie ceny ryczałtowej (wg załącznika nr 3 do SIWZ) nie uwzględnił zysku. Pozycja „zysk” pojawia się dopiero w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej, przy czym jednocześnie w wyjaśnieniach w innej pozycji kosztowej wykonawca wskazał na mniejszy koszt niż wynika z kalkulacji ceny ryczałtowej, zawartej w ofercie. Owa różnica spowodowała uwzględnienie pozycji „zysk” w wyjaśnieniach.

Odnosząc się do kwestii kosztów pojemników i zagospodarowania odpadów, które to pozycje zostały wyodrębnione w wyjaśnieniach i w przedstawionej kalkulacji (zostały też objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) to w tym przypadku, w ocenie Izby, koszty te wynikają z załączonych dowodów, tj. przedłożonej oferty handlowej oraz umowy. Zdaniem Izby nie ma natomiast znaczenia czy umowa przewiduje możliwość wcześniejszego jej rozwiązania. Większość umów przewiduje taką możliwość i wcześniejsze rozwiązanie umowy jest zawsze wpisane w ryzyko gospodarcze podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Trudno byłoby uznać, że umowa, która przewiduje taką klauzulę, nie mogłaby stanowić dowodu na wykazanie prawidłowości przyjętej kalkulacji co do kosztów.

Co do pozostałych argumentów odwołującego, podnoszonych w ramach uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, stwierdzić należy, co następuje.

W ocenie Izby to, że wykonawca nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do kosztów szacunku planowanej rezerwy i nie uwzględnił ich w kalkulacji nie wskazuje na niewiarygodność wyjaśnień. Takie wymaganie zbyt daleko idące. Wiadomym jest, że każda działalność gospodarcza wiąże się z określonym ryzykiem gospodarczym. Z ryzykiem gospodarczym wiąże się również kwestia wzrostu poziomu cen usług czy produktów, co nie zawsze jest możliwe do przewidzenia, w szczególności zakresu tych zmian.

Także argumentacja odwołującego, iż wykonawca w tym postępowaniu zaoferował niższą cenę niż w sąsiednich gminach za odbiór i zagospodarowanie odpadów nie jest przekonująca. Stwierdzić należy, że każda gmina posiada własną charakterystykę i uwarunkowania, różne również mogą być wymagania zamawiających co do sposobu realizacji zamówienia co również może mieć wpływ na cenę.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego w Sokołowie Małopolskim Sp. z o.o., ponieważ wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji stwierdzenia powyższego naruszenia Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, w zakresie w jakim ten zarzut podniesiony został w związku z zaniechaniem przez zamawiającego odrzucenia oferty, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podniesiony w oparciu o okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie przekazywania odpadów zebranych w Gminie Trzebownik do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów w Sigielkach (gmina Krzeszów), która zdaniem odwołującego nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, podnieść należy co następuje.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ, na które powoływał się odwołujący, określając zakres zdania oraz obowiązki wykonawcy w zakresie zagospodarowania odpadów wskazywał, że: *„Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie przepisami”* (rozdział III pkt 1 ppkt 3 SIWZ), a także: *„przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz z przeprowadzonych na terenie Gminy mobilnych zbiórek odpadów selektywnie zebranych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 i 18 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z dnia 8 stycznia 2013 r.)”* (rozdział III pkt 10 lit. b) SIWZ)”.  
Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach [Dz.U. z 2013 r., poz. 21 z późn. zm.], zwanej dalej: „ustawą o odpadach”: *odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska,*

*lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Przepis art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach stanowi, że: zakazuje się przetwarzania: 1) zmieszanych odpadów komunalnych, 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, 3) odpadów zielonych - poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone, natomiast art. 20 ust. 8 tej ustawy, iż: zakazuje się przywozu na obszar regionu gospodarki odpadami komunalnymi odpadów, o których mowa w ust. 7, wytworzonych poza obszarem tego regionu. Jednocześnie art. 20 ust. 9 ustawy o odpadach zawiera regulację, z której wynika, że: w przypadku wyznaczenia instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionu gospodarki odpadami komunalnymi, o której mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2, poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym odpady te zostały wytworzone, nie stosuje się ust. 7 i 8.*

Pomiędzy stronami nie było sporne, że odpady będą wytwarzane na terenie Regionu Centralnego w obrębie którego położona jest Gmina Trzebownisko, natomiast Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Sigielkach w gminie Krzeszów, wskazana w ofercie przystępującego, znajduje się na terenie Regionu Północnego, co też wynika z załącznika Nr 1 do Uchwały Nr XXIV/410/12 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 27 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego (przedłożonej przez zamawiającego). Z kolei z § 1 Uchwały Nr XIX/339/16 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 25 stycznia 2016 roku w sprawie zmiany Uchwały Nr XXIV/410/12 Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 27 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego wynika, że dla Regionu Centralnego brak jest funkcjonującej regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów, dlatego też wyznaczono instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tego regionu, w tym m.in. sortownię odpadów zmieszanych i z selektywnej zbiórki, kompostowania w miejscowości Sigielki, gmina Krzeszów. Zatem, nie ulega wątpliwości, że odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości z Gminy Trzebownisko mogą zostać przekazane do instalacji w Sigielkach.

Odwołujący w tym zakresie zwracał w szczególności uwagę na tzw. „zasadę bliskości”, wyrażoną w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach wskazując, że instalacja w Rzeszowie przy ul. Ciepłowniczej 11 jest instalacją najbliższą położoną w stosunku do centrum Trzebowniska (odległość – 13 km), zaś odległość do instalacji w Sigielkach wynosi ponad 50 km oraz zauważył, że zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia czy pozostałe instalacje, które są położone bliżej Gminy Trzebownisko,

odmówił mu przyjmowania odpadów wytworzonych na terenie Gminy Trzebowniko. Podkreślić należy, że z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach wynika wprawdzie, że odpady powinny być przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone, ale z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy.

Powołać w tym miejscu należy wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 3 marca 2010r., wydany w sprawie o sygn. akt: III SK 37/09, z którego wynika, iż: „*priorytet przy wskazywaniu miejsc, w których odpady zostaną poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, ma nie odległość od miejsca powstania odpadu, lecz "najlepsza dostępna technika lub technologia". Kryterium odległości nie ma zatem decydującego znaczenia, tym bardziej że przepisy nie precyzują w ogóle, w jaki sposób należy wyznaczać "najbliższe położone miejsca".* Dalej, Sąd Najwyższy wskazywał, że: „*Mając na względzie przedstawione powyżej obowiązki gminy w zakresie dotyczącym uwzględnienia wojewódzkich planów gospodarki odpadami, w połączeniu ze znaczeniem "technologii" unieszkodliwiania odpadów, a dopiero w dalszej kolejności z odległością od miejsca powstania, należy przyjąć, że gmina nie jest zobligowana do wyznaczania tylko jednego miejsca składowania odpadów. Respektowanie wojewódzkiego planu gospodarki odpadami należy rozumieć w ten sposób, że gmina ma obowiązek wyznaczenia takiego składowiska, które zostało wskazane jako właściwe dla przyjmowania odpadów odbieranych z jej terytorium. Nie wyklucza to jednak możliwości wskazania przez gminę innych, dodatkowych składowisk, zwłaszcza w przypadku, gdy dysponują one lepszą "technologią" w porównaniu do składowiska wskazanego jako właściwe w planie wojewódzkim.*”. Wprawdzie powyższy wyrok został wydany na podstawie przepisów nieobowiązującej już ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, jednak zasada bliskości została wyrażona w analogiczny sposób. Zwrócić również należy uwagę na stanowisko wyrażone przez doktrynę, iż „*zasada bliskości i najlepszej dostępnej technologii, stanowią zasady równorzędne i znajdują zastosowanie do wszystkich odpadów z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami określonymi w art. 17 u.o.*” [Jerzy Janusz, Zasada bliskości, komentarz praktyczny, LEX nr 175349]. Zatem, jedyną przesłanką dla oceny, iż dana instalacja nie spełnia wymogów, określonych w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, nie może być tylko i wyłącznie kwestia odległości. Skoro więc, obowiązująca w tym zakresie uchwała Sejmiku Województwa Podkarpackiego wskazuje kilkanaście instalacji do zastępczej obsługi Regionu Centralnego, to z Gminy Trzebowniko odpady mogą być przekazywane do każdej z instalacji wskazanych w tej uchwale.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że podnoszone w tym zakresie przez odwołującego zarzuty w stosunku do instalacji do przetwarzania odpadów w Sigielkach, wskazanej w ofercie przystępującego, są bezpodstawne.

Odwołujący podnosił również, że treść oferty złożonej przez wykonawcę – Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim jest niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na to, że baza magazynowo - transportowa, zlokalizowana przy ul. Łaziennej 7 w Sokołowie Małopolskim, którą wykonawca ten zamierza wykorzystywać przy realizacji zamówienia nie spełnia wymogów określonych w SIWZ.

Odwołujący powołał się na postanowienie zawarte w rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 8 *Obowiązki Wykonawcy w zakresie odbioru odpadów* lit. i) SIWZ, zgodnie z którym: *Wykonawca obowiązany jest posiadać bazę magazynowo- transportową na terenie Gminy lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Trzebownik, na terenie do którego posiada tytuł prawny, spełniającą 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, poz. 122)*. Zauważył też, że podobna regulacja jest zawarta w § 3 ust. 1 lit. i) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. W ocenie odwołującego baza magazynowo -transportowa Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie spełnia wymogów określonych w § 2 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013, poz. 122), zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Ministra Środowiska*”: *w zakresie wyposażenia bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby: teren bazy magazynowo - transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym*.

Zdaniem odwołującego teren bazy magazynowo - transportowej Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim przy ul. Łaziennej 7 jest niezabezpieczony, dostępny dla osób trzecich, a nadto jest tam zorganizowany gminny plac targowy, czynny codziennie i przeznaczony do bieżącej sprzedaży artykułów rolno-spożywczych, czego potwierdzenie miały stanowić, załączone do odwołania notatki służbowe z wizji lokalnych z dnia 11 i 18 maja 2016 roku wraz ze zdjęciami oraz wydruk ze strony internetowej Gminy Sokołów Małopolski.

W ocenie Izby przedstawione przez odwołującego dowody nie wykazują w sposób nie budzący wątpliwości, że teren bazy, o którym mowa powyżej, jest niezabezpieczony przed dostępem osób nieupoważnionych. Przystępujący w toku rozprawy przedstawił



również dokumentację zdjęciową, mającą obrazować zabezpieczenia terenu bazy przed wstępem osób nieupoważnionych (zamknięte bramy, tabliczki informujące o zakazie wstępu). Zarówno przystępujący, jak i zamawiający wskazywali, że teren bazy jest ogrodzony i ma zamontowane bramy wjazdowe, natomiast obok terenu bazy znajduje się Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, do którego mają dostęp mieszkańcy w celu umożliwienia pozbycia się odpadów. Wyjaśniali również, że plac targowy sąsiaduje z terenem bazy oraz z PSZOK, a handel odbywa się poza ogrodzeniem terenu bazy magazynowo - transportowej. Zdaniem przystępującego i zamawiającego zdjęcia przedstawione przez odwołującego dotyczą PSZOK, a nie terenu bazy magazynowo - transportowej. Wyjaśnienia te w ocenie Izby są logiczne i wiarygodne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że teren bazy magazynowo - transportowej należącej do Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim nie spełnia wymogów określonych w § 2 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska.

Odwołujący w zakresie bazy magazynowo - transportowej wykazywanej w ofercie przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim podnosił ponadto, że w załączniku nr 7 do oferty w pkt 1 przystępujący nie wskazał, że baza ta jest wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową czego zamawiający wymagał na postawie rozdziału V A pkt 3.1. SIWZ.

W rozdziale V SIWZ zamawiający określił *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków*. W rozdziale V lit. A) w pkt 3.1. ppkt 1 SIWZ, na który powoływał się odwołujący, zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj.: *„co najmniej następującymi środkami technicznymi: 1) bazą magazynowo – transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. 2013 poz. 122) oraz jest wyposażona w legalizowaną najazdową wagę samochodową”*.

W tym miejscu należy zauważyć, że powyższy wymóg odnosi się do warunków udziału w postępowaniu a nie do opisu przedmiotu zamówienia. O niezgodności zaś treści oferty z treścią SIWZ można mówić w przypadku zaistnienia niezgodności merytorycznej, tj. w sytuacji, gdy treść złożonej oferty nie jest zgodna z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami określającymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

Tymczasem, w rozdziale III SIWZ, w którym zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, w pkt 8 określającym obowiązki Wykonawcy w zakresie odbioru odpadów w lit. i) zamawiający podał, że: *„Wykonawca obowiązany jest posiadać bazę magazynowo-transportową na terenie Gminy lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Trzebowniko, na terenie do którego posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013, poz. 122).”*. Ponadto, w § 3 ust. 1 lit. i) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, zamawiający powtórzył to postanowienie podając, że *„Wykonawca obowiązany jest posiadać bazę magazynowo-transportową na terenie Gminy lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Trzebowniko, na terenie do którego posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013, poz. 122).”*.

Jak z powyższego wynika w stosunku do bazy magazynowo – transportowej koniecznej do realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił już wymogu wyposażenia dodatkowo bazy w legalizowaną najazdową wagę samochodową, tak jak przy opisie warunków udziału w postępowaniu. Z kolei z przepisu § 2 ust. 2 pkt 5 lit. d) Rozporządzenia Ministra Środowiska wynika, że: *w zakresie wyposażenia bazy magazynowo -transportowej należy zapewnić, aby: baza magazynowo - transportowa była wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów*. Odwołujący nie kwestionował okoliczności, że na terenie bazy magazynowo - transportowej należącej do przystępującego nie następuje magazynowanie odpadów, a jedynie podnosił, że w rozdziale V A w pkt 3.1 SIWZ zamawiający postawił warunek, aby baza magazynowo – transportowa spełniała wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska oraz była wyposażona legalizowaną najazdową wagę samochodową.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że nie potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ z uwagi na brak wyposażenia bazy magazynowo - transportowej w legalizowaną najazdową wagę samochodową, jako, że w tym zakresie zamawiający nie postawił wymagania w opisie przedmiotu zamówienia. Z żadnych postanowień SIWZ nie wynika, aby zamawiający wymagał do realizacji tego konkretnego zamówienia posiadania bazy magazynowo – transportowej wyposażonej w legalizowaną najazdową wagę samochodową, w sytuacji, gdy na terenie tej bazy nie następuje magazynowanie odpadów. Odnosząc się zaś do kwestii konieczności przedłożenia raportów wagowych, wymaganych na mocy postanowień § 3 ust. 4 pkt d) oraz § 7 ust. 2 wzoru

umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, stwierdzić należy, że skoro zamawiający nie określił, że to wykonawca powinien dysponować legalizowaną samochodową wagą najazdową, to raporty te mogą pochodzić od instalacji do przetwarzania odpadów, gdzie te odpady będą przekazywane, co też zamawiający podnosił w trakcie rozprawy w dniu 3 czerwca 2016 roku.

Natomiast sam wymóg wyposażenia bazy dodatkowo w legalizowaną najazdową wagę samochodową obok warunku spełniania wymagań określonych w ww. Rozporządzenia Ministra Środowiska należy odnosić jedynie do warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a zarzutu w zakresie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący nie postawił w treści odwołania. Odwołujący uczynił to dopiero w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 czerwca 2016 roku, wskazując, iż okoliczność, że baza magazynowo – transportowa przystępującego nie jest wyposażona legalizowaną najazdową wagę samochodową stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji stanowi dodatkową przesłankę do odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Zwrócić należy uwagę, że zarzut stanowią zarówno okoliczności faktyczne, jak i prawne. Skoro odwołujący w kwestii wyposażenia bazy magazynowo – transportowej w legalizowaną najazdową wagę samochodową podnosił w odwołaniu jedynie zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a nie podnosił zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy, to uznać należy, że rozstrzygnięcie w tym zakresie stanowiłoby przekroczenie przez Izbę dyspozycji wynikającej z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Izba, będąc związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, pozostawiła bez rozpoznania zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które odwołujący podniósł w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 3 czerwca 2016 roku.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 957 zł 32 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł) i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie Izby (340,32 zł), zgodnie ze złożonym na rozprawie spisem kosztów wraz z fakturą i biletami.

**Przewodniczący:** .....