

Sygn. akt: KIO 326/20

**WYROK**  
**z dnia 3 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawcę **S. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” S. C. w Sędziszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Gołcza**,

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **S. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” S. C. w Sędziszowie** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **S. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” S. C. w Sędziszowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Gołcza [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Gołcza w okresie od 01.03.2020 r. do 31.12.2020 r.* (znak postępowania: RIR.271.1.2.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2020 r. pod numerem 505590-N-2020.

W dniu 17 lutego 2020 r. wykonawca S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” S. C. w Sędziszowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy ZUK R. K. z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą poprzez:

- wadliwy wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Gołcza,
- brak aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ poprzez brak zamieszczenia wszystkich rodzajów odpadów jakie będą odbierane (szczegółowy wykaz w tym zakresie znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia);

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie podczas gdy wykonawca oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub też lekkomyślności wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu podczas gdy:

- wykonawca posiada wadliwy wpis do rejestru działalności regulowanej (warunek) ponieważ nie posiada bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymagania określone przepisami prawa i w konsekwencji nie będący w stanie w sposób prawidłowy wykonać zamówienia,
- brak aktualnego zezwolenia na transport i zbieranie wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. podczas gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- brak możliwości transportu i odbioru wszystkich rodzajów odpadów jak wymaga tego Zamawiający wskazując rodzaj odpadów objętych zamówieniem w Opisie przedmiotu Zamówienia,
- brak możliwości prowadzenia PSZOK-u,
- brak odpowiedniej ilości pojemników celem prawidłowego realizacji zamówienia,

- wskazane w ofercie instalacje przetwarzania odpadów komunalnych nie będą w stanie przyjąć takiej ilości odpadów ze względu na przyjęte limity odpadów zmieszanych jak również brak przyjmowania poszczególnych rodzajów innych odpadów,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZUK R. K., podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę a w szczególności jej istotne części składowe - zakup i wyposażenie mieszkańców w pojemniki na odpady i w konsekwencji naruszenie;

5. art. 89 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji gdy jej złożenie w przedmiotowym kształcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ewentualnie naruszenie:

6. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK R. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu podczas gdy warunek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej jest obciążony istotną wadą która powoduje, że podmiot ten winien być z urzędu wykreślony z tego właśnie rejestru;

7. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK R. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu podczas gdy przedłożona decyzja na transport odpadów jest już nieważna z mocy prawa a aktualny wpis do BDO tego podmiotu nie potwierdza, że posiada on możliwość zbierania i transportu wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia;

8. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK R. K. do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo - transportowej której posiadanie jest warunkiem sine qua non aby uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej oraz wezwanie do uzupełnienia w zakresie aktualnego zezwolenia na transport i odbiór wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia;

9. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania ZUK R. K. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie posiadania odpowiedniej liczby pojemników na odpady podczas gdy Zamawiający dysponował wiedzą, że wykonawca nie posiada pojemników w wymaganej ilości co powoduje, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ;

10. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy cena oferty wykonawcy ZUK R. K. budzi poważne wątpliwości tym bardziej, że cena ta znacznie odbiega od ceny kolejnego wykonawcy mimo, że do obowiązków wykonawcy TAMAX nie należy już dokonanie czynności zakupu i wyposażenia mieszkańców w pojemniki co stanowi istotną część składową oferty;

11. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą albowiem żaden z wykonawców nie będzie w stanie utworzyć i prowadzić PSZOK -u od dnia 01 marca 2020 r. jeżeli w ogóle zdoła utworzyć PSZOK w okresie realizacji umowy.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
  3. wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Komunalnych R. K. z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub
  4. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub
  5. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- względnie:
1. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych R. K. do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
  2. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych R. K. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub
  3. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku w postaci bazy magazynowo – transportowej,
  4. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
  5. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy ZUK R. K., Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII pkt 2 i 3 SIWZ. Odwołujący wskazał, że wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Gołcza dla wykonawcy ZUK R. K. jest obciążony istotną wadą, która powoduje, że podmiot ten winien zostać z urzędu wykreślony z tego rejestru. W efekcie może się okazać, że po zawarciu umowy Zamawiający będzie zmuszony natychmiast od niej odstąpić z uwagi na fakt, że podmiot ten nie będzie mógł kontynuować zamówienia publicznego.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 9b ucpg oraz art. 9c ust. 1 ucpg. Uzasadniał, że uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej przed danego wykonawcę jest możliwe tylko i wyłącznie na podstawie złożonego w odrębnym postępowaniu administracyjnym oświadczeniu, że spełnia on wszelkie warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ucpg. Organem który dokonuje wpisu do rejestru jak również dokonuje usunięcia wpisu z rejestru jest wójt, burmistrz, prezydent miasta i to właśnie te organy mogą w tym zakresie wydawać odpowiednie decyzje administracyjne. Podstawą wpisu do rejestru działalności regulowanej jest natomiast posiadanie bazy magazynowo – transportowej, której wymogi szczegółowo określa rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Odwołujący podniósł, że wykonawca ZUK R. K. nie posiada bazy magazynowo – transportowej, która spełniałaby przedmiotowe wymagania a zatem

w konsekwencji nie spełnia warunku posiadania prawidłowego wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Podniósł, iż wykonawca jest profesjonalistą w zakresie prowadzonej działalności jak również jako uczestnik przetargu. W ocenie Odwołującego wykonawca ZUK świadomie oświadczył, że spełnia wszystkie warunki wiedząc, że nie posiada bazy magazynowo - transportowej spełniającego wymogi ustawowe i przepisów wykonawczych. Zatem wykonawca ZUK świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu oświadczeń i dokumentów.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został wskazany w załączniku nr 5 do SIWZ. Zamawiający wymaga m.in. prowadzenia PSZOk-u oraz wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Odwołujący stawia zarzut, że wykonawca ZUK R. K. nie będzie w stanie zrealizować i prowadzić PSZOK-u z dniem 01 marca 2020 roku a nadto nie posiada odpowiedniej liczby i rodzaju pojemników niezbędnych celem prawidłowej realizacji zamówienia. W konsekwencji oferta wykonawcy ZUK R. K. nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2019 r. sygn. akt: 1438/19 dotyczący wykładni art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, że wykonawca ZUK R. K. nie posiada aktualnego zezwolenia na transport wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący podał, iż zgodnie z art. 49 ust. 1 pkt. 4 ustawy o odpadach, marszałek województwa prowadzi rejestr podmiotów gospodarujących odpadami. Zgodnie z treścią art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. a, marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek transportujących odpady. Zgodnie zaś z art. 53 ust. 1 ustawy o odpadach, marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek podmiotu, po stwierdzeniu, że wniosek o wpis do rejestru nie zawiera braków formalnych, niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku.

Odwołujący uzasadniał, iż w praktyce w obecnej sytuacji na decyzję o zmianie wpisu w rejestrze oczekuje się praktycznie 30 dni. Zatem na dzień realizacji zamówienia tj. 01 marca 2020 roku podmiot ten nie będzie miał możliwości prawidłowego świadczenia usługi tym bardziej, że nie wskazał również podwykonawców którzy mogli by odbierać te rodzaje odpadów, które nie są zawarte w rejestrze ZUK, a które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału III pkt 4 SIWZ, w którym Zamawiający określił rodzaje odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości i wskazał, że z treści rejestru BDO, do którego wpisany jest ZUK R. K. w Dziale VII - Transportujący odpady brak wpisu rodzajów odpadów w/w wymaganych jak m.in.: 15 01 05, 20 01 08, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 29\*, 20 01 30, jak i wiele innych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że cena oferty ww. wykonawcy znacznie odbiega od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia jak również od ceny oferty TAMAX. Różnica pomiędzy ceną oferty ZUK a TAMAX stanowi 20%. Odwołujący uzasadniał, że wykonawca TAMAX dotychczas świadczył

i nadal świadczy usługę na rzecz gminy Gołcza. Nowy wykonawca musi urządzić PSZOK oraz wyposażyć nieruchomości w pojemniki. Mimo tak znaczących kosztów w tym zakresie cena oferty ZUK jest znacznie niższa od ceny TAMAX. Co więcej usługa będzie świadczona jedynie przez okres dziewięciu miesięcy a to oznacza, że należy również uwzględnić amortyzację zakupionych pojemników która jest względnie krótkim okresem. W ocenie Odwołującego już na pierwszy rzut oka cena ta budzi uzasadnione wątpliwości które winny zostać wnikliwie wyjaśnione przez Zamawiającego. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 616/16. Odwołujący przywołał brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że prawidłowe zastosowanie przez zamawiającego ww. przepisu poprzez dokonanie właściwej subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do jego dyspozycji, musiałoby po jego stronie wywołać uzasadnione wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez ZUK R. K. może być rażąco niska. Zauważyć również należy, że pomimo, że w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość (które zostały w sposób wyczerpujący opisane), czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki. Odwołujący przywołał tezę z wyroku KIO z dnia 27 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 293/17. Odwołujący wskazał, że przedstawi w tym zakresie na rozprawie odpowiednie wyliczenia wszystkich składników cenotwórczych niemniej należy pamiętać, że w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny mamy tzw. „odwrócony ciężar dowodzenia”. Zatem z chwilą postawienia przedmiotowego zarzutu zachodzi domniemanie rażąco niskiej ceny zaś to ZUK R. K. winien obecnie udowodnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że w konsekwencji złożona oferta stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji albowiem świadome lub z rażącym niedbalstwem zaniżanie ceny powoduje ograniczenie dostępu do zamówienia przez inne podmioty które w sposób prawidłowy, konkurencyjny i rynkowy wyceniły swoje oferty.

W zakresie zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący przywołał brzmienie § 1 ust. 8 umowy. Odwołujący zauważył, że w Punkcie Selektywnego Zbierania Opadów Komunalnych będzie odbywał się proces zbierania odpadów. Zgodnie z treścią art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. W myśl art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach, z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzony samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną

gminą lub gminami. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zlecił prowadzenie PSZOK wykonawcy a zatem wiąże się to z długotrwałym procesem pozyskania odpowiedniego terenu a następnie uzyskania decyzji za zbieranie odpadów (art. 42 i nast. ustawy o odpadach). Proces ten zajmuje okres kilku miesięcy. Zatem niemożliwe będzie prowadzenie PSZOK-u od dnia 01 marca 2020 roku jeżeli w ogóle w okresie realizacji umowy ktokolwiek zdoła utworzyć i prowadzić PSZOK.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 lutego 2020 r. wniósł o jego oddalenie.

Na wstępie Zamawiający wskazał, że koniecznym jest rozważenie oddalenia odwołania, a to z uwagi na brak po stronie Odwołującego interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że Odwołujący w swojej ofercie zaproponował cenę wyższą niż kwota przeznaczona przez Gminę Gołcza na realizację tego zamówienia. Jednocześnie, zarówno treść oferty Pana R. K., jak i powszechnie dostępne informacje odnoszące się do cen tożsamyh usług świadczonych w gminach sąsiadujących z Gminą Gołcza, jednoznacznie pokazują, że skoro możliwym jest uzyskanie ceny odpowiadającej możliwościom finansowym Gminy Gołcza, brak jest powodów dla ewentualnego zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację tego zamówienia. Wobec faktu, iż brak jest podstaw dla zwiększenia kwoty na realizację zamówienia (w sytuacji gdy możliwe jest jego zlecenie w granicach kwot przewidzianych na ten w budżecie Gminy Gołcza na rok 2020 r.), nie ma możliwości uznania, że Gmina Gołcza może podwyższyć kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz braku aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, tzn. zezwolenie to nie obejmuje wszystkich odpadów jakie będą odbierane Zamawiający wskazał, że Pan R. K. jest wpisany do prowadzonego przez Wójta Gminy Gołcza rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Gołcza, pod numerem rejestracyjnym: OR.6235.1.2020. W toku postępowania o wpis Organ zweryfikował spełnianie przez Pana R. K. wszystkich wymogów warunkujących dokonanie takiego wpisu poprzez odebranie oświadczenia złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej, przy czym podkreślić należy, że postępowanie to zakończyło się w styczniu 2020 r. W konsekwencji, Gmina Gołcza nie miała żadnych przesłanek uzasadniających powzięcie wątpliwości co do spełniania przez Pana R. K. wymogów również w lutym 2020 r. W szczególności tak krótki upływ czasu nie wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo zmiany okoliczności faktycznych po stronie Pana R. K. .

Zamawiający wskazywał, że Pan R. K. prowadzi działalność gospodarczą w gminach okolicznych w stosunku do Gminy Gołcza, a odległość zarówno od jego siedziby, jak i od nieruchomości, na której posiada zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez Starostę

Krakowskiego - jest mniejsza niż 60 km od granic Gminy Gołcza. Zważywszy więc, iż Pan R. K. w toku postępowania złożył także oświadczenie dotyczące wykonania tożsamych usług, w okresie trzech lat poprzedzających sporny przetarg, z którego wynika, iż w roku 2019 świadczył usługi na rzecz Gminy Zielonki, która jest oddalona od Gminy Gołcza o niespełna 30 km, oczywistym jest, że wymóg posiadania bazy usytuowanej w odpowiedniej odległości musi być faktycznie spełniony.

Następnie Zamawiający wskazał, że z treści decyzji Starosty Krakowskiego z dnia 18 lipca 2016 r. nr OS.I.6233.39.2016.AM jednoznacznie wynika, że Pan R. K. posiadał zezwolenie na transport wszystkich wskazanych w SIWZ odpadów, a zezwolenie to było ważne do dnia 18 lipca 2026 r. Z uwagi na zmianę przepisów zezwolenie to utraciło moc, jednakże wpis do BDO, który posiada Pan R. K. w zakresie transportu odpadów zastąpił przedmiotowe zezwolenie. Dodatkowo Zamawiający zauważył, że z informacji przedstawionych Pana R. K. i udzielonych referencji wynika wprost, że w roku 2019 wykonywał tożsame usługi w Gminie Zielonki, sąsiadującej z Gminą Gołcza. Oczywistym jest więc, że musi posiadać zezwolenia oraz środki rzeczowe (w tym np. pojemniki) pozwalające na wykonanie takich zadań w Gminie Gołcza.

Dalej Zamawiający wskazał, iż nie można zgodzić się z zarzutami dotyczącymi zapisów umowy odnośnie PSZOK. W wyjaśnieniu tej kwestii kluczowe jest wskazanie, że na terenie Gminy Gołcza, istnieje już PSZOK w którym zbierane są selektywne odpady. W związku z tym czynności wyłącznie z podstawieniem kontenerów i ich wywozem są powierzane podmiotom świadczącym usługi odbioru odpadów. Zapis dotyczący tych obowiązków jest identyczny zarówno w umowie będącej załącznikiem do SIWZ spornego przetargu, jak i w umowie na podstawie której Odwołujący świadczył dotychczasowe usługi na rzecz Gminy Gołcza. Z tego też względu oczywistym jest, zakres i przedmiot usług związanych z PSZOK był jednoznaczny zarówno dla Odwołującego, jak i dla innych oferentów. Gdyby bowiem, kwestia ta budziła jakiegokolwiek wątpliwości związane z literalnym brzmieniem zapisu i jego odniesieniem do treści ustawy o odpadach, każdy z oferentów zwróciłby się do Zamawiającego z wnioskiem, o ich wyjaśnienie. Zamawiający podkreślał, że Odwołujący (wg wiedzy Zamawiającego), również nie posiada zezwolenia na prowadzenie PSZOK na terenie Gminy Gołcza.

Wobec braku takiego wniosku o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości zwłaszcza ze strony Odwołującego, który do dnia 29 lutego 2020 r. jest związany z Gminą Gołcza identycznym zapisem, a zakres jego usług ogranicza się do udostępnienia kontenerów i ich wywiezienia w ustalonym terminie, a nie polega na prowadzeniu PSZOK zarzut ten jest oczywiście bezzasadny.

Następnie Zamawiający podał, iż w toku spornego przetargu Pan R. zaoferował cenę w kwocie 614 250,00 zł brutto, tj. 1080 zł brutto/MG. W ocenie Zamawiającego, cena ta nie



jest rażąco niska albowiem jak wynika z analizy dokumentów związanych z przetargami na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminach sąsiadujących z Gminą Gołcza, Pan S. C. w roku 2019, składał oferty zawierające średnią cenę w wysokości 802,44 zł, i 850,00 zł. W konsekwencji cena zaoferowana przez jego konkurenta przekraczająca te kwoty o prawie 200 zł, nie może być uznana za rażąco niską.

W świetle powyższych informacji oczywistym jest, że:

- cena zaoferowana przez Pana R. K. nie była rażąco niska,
- w spornym postępowaniu Zamawiający nie był zobowiązany do żądania udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślał, iż tylko i wyłącznie kwestia ceny mogłaby zostać uznana za mieszczącą się w zakresie przyczyn uzasadniających ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty odwołania, nie mieszczą się w tym katalogu, a zatem nie odnoszą się do kwestii uregulowanych w rozdziale IV ustawy Pzp – „wybór oferty najkorzystniejszej”. W konsekwencji zarzuty omówione w punkcie II i III odpowiedzi, nie mogą stanowić podstawy odwołania, a to z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że nie podważa istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba podziela stanowisko zaprezentowane m.in. w wyroku KIO z dnia 27 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 212/18, iż „do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiekującymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności czy Zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.”

Izba wskazuje, iż nie dopuściła wykonawcy R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych R. K. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika, a to z uwagi na okoliczność, iż zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po upływie terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do treści 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 postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Jak wynika z akt sprawy, Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom w dniu 18 lutego 2020 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpień przez wykonawców upływał w dniu 21 lutego 2020 r. Ww. wykonawca zgłaszając przystąpienie w dniu 27 lutego 2020 r. uchybił terminowi na dokonanie ww. czynności.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy ZUK R. K. wraz z dokumentami uzupełnionymi na wezwanie Zamawiającego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 lutego 2020 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. wpis rejestracyjny z BDO Urzędu Gminy w Gołczy,
2. wydruk ze strony internetowej Ministerstwa Klimatu zawierający komunikat pt. Samorzady i punkty oferujące torebki foliowe też muszą być w Rejestrze BDO,
3. kalkulację kosztów realizacji zamówienia przy założeniu ilości 80 Mg/miesiąc,
4. wydruk z 26 lutego 2020 r. rejestru BDO wykonawcy ZUK R. K. – dział VII.

Izba zaliczyła również w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. wzór formularza oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Iwanowice,
2. wzór formularza oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wielką Wieś,
3. oświadczenie ZUK R. K. z dnia 22 stycznia 2020 r.,
4. informację z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wielką Wieś z dnia 22 listopada 2019 r.,

5. informację z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Iwanowice z dnia 21 listopada 2019 r.,

6. informację z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Iwanowice z dnia 22 sierpnia 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale III pkt 4 SIWZ, Zamawiający określił rodzaje odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości:

- a) papier, tektura - 15 01 01, 20 01 01,
- b) szkło - 15 01 07, 20 01 02,
- c) tworzywa sztuczne -15 01 02, 20 01 39,
- d) metal - 15 01 04, 20 01 40,
- e) opakowania wielomateriałowe - 1501 05, 1501 06,
- f) inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny - 20 01 99,
- g) odpady kuchenne ulegające biodegradacji - 20 01 08,
- h) detergenty - 20 01 29\*; 20 01 30,
- i) akumulatory - 20 01 34,
- j) odzież i tekstylia - 20 01 10; 20 01 11,
- k) odpady wielkogabarytowe - 20 03 07,
- l) odpady budowlane i rozbiórkowe - ex 20 03 99,
- m) odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach - 20 03 99,
- n) leki-20 01 31\*, 20 01 32,
- o) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - 20 03 01.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 3 - Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp:

3.1. Posiadanie kompetencji lub uprawnień do prowadzenie określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

3.1.1. Wykonawca musi posiadać aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ;

3.1.2. Wykonawca musi posiadać aktualny wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska;

3.1.3. Wykonawca musi posiadać aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Gołcza.

Stosownie do treści rozdziału XIII pkt 4.3. wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona (oceniona jako najkorzystniejsza), w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 3.1. i 3.2.) rozdziału SIWZ, zostanie wezwany do przedłożenia następujących oświadczeń i dokumentów (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów): - w celu wykazania spełniania warunków z pkt 3.1.1.-3.1.3.:

4.3.1. Aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ;

4.3.2. Oświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ;

4.3.3. Oświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Gołcza – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ.

Zgodnie z § 1 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), w ramach niniejszej umowy wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej PSZOK) który będzie czynny 1 razy w tygodniu przez 6 godzin wymagane też jest wyposażenie go w kontenery Kp-7 w tym:

1 szt. – odpady elektryczne i elektroniczne - Kp-7,

1 szt. – zużyte opony Kp-7,

1 szt. – odpady wielkogabarytowe (meble, dywany, wykładziny, itp.)- Kp-7,

1 szt. – tworzywa sztuczne- Kp-7,

1 szt. – biodegradowalne (odpady zielone)- Kp-7,

1 szt. - odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpad komunalny- Kp-7,

1 szt. - tekstylia i odzież -1100l,

1 szt. - odpady niebezpieczne -1100l,

1 szt. - przeterminowane leki -120l,

1 szt. - chemikalia -240l,

1 szt. - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gosp. domowych w szczególności Igły, szczypawki - 120l,

1 szt. - zużyte baterie i akumulatory – 240l.

Termin składania ofert upłynął w dniu 3 lutego 2020 r. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 700 000 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 767 812,50 zł oraz wykonawca ZUK R. K. z ceną 614 250 zł.

Z powyższego zatem wynika, że średnia arytmetyczna cen złożonych ofert stanowiła kwotę 691 031,25 zł. Zatem oferta wykonawcy ZUK R. K. stanowiła ok. 87,75 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 88,89 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ani art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

W dniu 6 lutego 2020 r. wykonawca ZUK, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, złożył m.in.:

1. Decyzję Starosty Krakowskiego z dnia 18 lipca 2016 r. w sprawie udzielenia Panu R. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych, Prądnik Korzkiewski, ul. Wesola 100, zezwolenia na transport odpadów;
2. Decyzję Starosty Krakowskiego z dnia 26 września 2013 r. r. w sprawie udzielenia Panu R. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych, Prądnik Korzkiewski, ul. Wesola 100, zezwolenia na zbieranie odpadów;
3. oświadczenie wykonawcy, iż posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Gołcza wg załącznika nr 7 do SIWZ;
4. zaświadczenie Gminy Gołcza z dnia 28 stycznia 2020 r. stwierdzające, że ZUK R. K. został wpisany w dniu 28 stycznia 2020 r. pod numerem rejestracyjnym: OR.6235.1.2020 do prowadzonego przez Wójta Gminy Gołcza rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Gołcza, na podstawie wniosku z dnia 22.01.2020 r.;
5. wydruk z rejestru BDO wykonawcy ZUK R. K. .

W dniu 10 lutego 2020 r. za najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ZUK R. K. . Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z 88 punktami.

Izba zważyła, co następuje:

Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Stosownie natomiast do treści art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych”, a rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu wynikającego z ww. przepisu powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie.

Izba wskazuje, że jednym z zarzutów odwołania był zarzut zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, które nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę wyżej poczynione ustalenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania w zakresie ww. zarzutu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K., podczas gdy treść oferty ww. wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, jak również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania ww. wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w zakresie posiadania odpowiedniej liczby pojemników na odpady, podczas gdy Zamawiający dysponował wiedzą, że wykonawca nie posiada pojemników w wymaganej ilości.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). W tym miejscu podkreślić należy, iż zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy, winien mieć pewność co do prawidłowości podejmowanej czynności, z uwagi na sankcyjny charakter art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z petitum odwołania niezgodność treści oferty wykonawcy ZUK R. K. z postanowieniami SIWZ Odwołujący upatrywał w: 1) braku możliwości transportu i odbioru wszystkich rodzajów odpadów jak wymaga tego Zamawiający wskazując rodzaj odpadów objętych zamówieniem w opisie przedmiotu zamówienia, 2) braku możliwości prowadzenia PSZOK-u, 3) braku odpowiedniej ilości pojemników celem prawidłowej realizacji zamówienia oraz 4) instalacje przetwarzania odpadów komunalnych nie będą w stanie przyjąć takiej ilości odpadów ze względu na przyjęte limity odpadów zmieszanych jak również brak przyjmowania poszczególnych rodzajów innych odpadów.

W tym miejscu w ocenie Izby należy przywołać uwagi natury ogólnej odnoszące się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem

wykonawczym do tejże ustawy.

Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w zakresie okoliczności zawartej w punkcie 4. powyżej Izba wskazuje, że lektura odwołania prowadzi wniosku, że Odwołujący nie postawił skutecznie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż Odwołujący w ogóle nie odniósł się w uzasadnieniu odwołania do ww. aspektu niezgodności oferty wykonawcy ZUK R. K. z postanowieniami SIWZ.

Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do kwestii zawartej w punkcie 3. powyżej. Próżno bowiem w uzasadnieniu odwołania szukać wyводу myślowego Odwołującego mającego uzasadniać postawiony zarzut w ww. zakresie. Na podstawie treści odwołania nie sposób wywieść, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął, że oferta wykonawcy ZUK R. K. jest niezgodna z wymogami Zamawiającego w przedmiocie wymaganej ilości pojemników. W omawianym zakresie Odwołujący nie przedstawił również Izbie żadnego dowodu mającego potwierdzać prezentowane stanowisko. Co więcej, w treści odwołania wykonawca nawet nie podał postanowienia SIWZ, z którym oferta wykonawcy ZUK R. K. jest niezgodna. Z uwagi na powyższe, brak było podstaw zarówno do odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w ww. zakresie, jak również zastosowania instytucji określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc następnie do okoliczności faktycznej mającej, w ocenie Odwołującego, uzasadniać niezgodność treści oferty wykonawcy ZUK R. K. z SIWZ w zakresie braku możliwości prowadzenia PSZOK z dniem 01 marca 2020 roku Izba wskazuje, iż analiza odwołania prowadzi do wniosku, iż poza stwierdzeniem ww. okoliczności, wykonawca nie przedstawił żadnej argumentacji, tym samym trudno uznać by Odwołujący postawił konkretny zarzut w ww. zakresie. Z kolei argumentacja prezentowana przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izba dotycząca ww. kwestii w dużej mierze odwoływała się do uzasadnienia faktycznego zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który to zarzut Izba odrzuciła z przyczyn wskazanych powyżej. Odwołujący nie podał, z którego fragmentu treści oferty wywiódł, że wykonawca ZUK R. K. nie zobowiązał się do prowadzenia PSZOK z dniem 1 marca 2020 r. Jeżeli zdaniem Wykonawcy wymogi Zamawiającego związane z prowadzeniem PSZOK były niemożliwe do spełnienia, to we właściwym terminie winien skorzystać ze środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI ustawy Pzp i kwestionować odnośnie postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś na obecnym etapie podważać zarówno sposób rozumienia „prowadzenia PSZOK”, jak i możliwość jego utworzenia w okresie 10 – miesięcy realizacji zamówienia.

Ponadto jak wyjaśnił w ww. zakresie Zamawiający na terenie Gminy Gołcza istnieje już PSZOK (gminny punkt), w którym zbierane są selektywne odpady, a zadaniem wykonawców będzie wyłącznie podstawienie kontenerów i wywóz odpadów. Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiający na stosowny wpis w BDO w ww. zakresie Zamawiający ma 6 miesięcy od 1 stycznia br., czego nie podważył Odwołujący. Tym samym termin na dokonanie ww. czynności nie upłynął.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego ukierunkowane były na podważenie zgodności treści oferty wykonawcy ZUK R. K. z postanowieniami SIWZ, których źródła Odwołujący zaczął upatrywać w zapisach SIWZ, których na obecnym etapie postępowania wzruszyć nie można.

Kolejno odnosząc się do kwestii braku posiadania przez wykonawcę ZUK R. K. aktualnego zezwolenia na transport wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia Izba wskazuje, iż Odwołujący błędnie utożsamia ewentualne niespełnianie przez wykonawcę



warunków udziału w postępowaniu z niezgodnością treści oferty wykonawcy z postanowieniami SIWZ. Przypomnieć należy, iż treść oferty wykonawcy obejmuje zobowiązanie wykonawcy co do sposobu i zakresu wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, który zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czym innym jest natomiast ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, które zamawiający konkretyzuje w zależności od własnych potrzeb. Tym samym za nieuzasadnione w świetle przepisów ustawy Pzp należy uznać utożsamianie przez Odwołującego niezgodności treści oferty wykonawcy ZUK R. K. z postanowieniami SIWZ, w przypadku ewentualnego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę. Z treści oferty wykonawcy ZUK R. K. nie sposób wywieść, że wykonawca zobowiązał się do odbioru i transportu jedynie części odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie podniesionych w odwołaniu okoliczności faktycznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK R. K. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na brak aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów wydanego przez właściwy organ obejmującego wszystkie rodzaje odpadów jakie będą odbierane w ramach przedmiotowego zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż z warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, skonkretyzowanego w rozdziale XIII pkt 3.1.1 SIWZ, tj. posiadania aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów wydanego przez właściwy organ gminy wynika, iż Zamawiający nie zawarł żadnego odesłania, że ww. dokument winien obejmować swoim zakresem odpady objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż wykonawca ma legitymować się aktualnym zezwoleniem na prowadzenie działalności w ww. zakresie nie odsyłając do opisu przedmiotu zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie sprecyzował zakresu zezwolenia, które

winien posiadać wykonawca na moment składania oferty i nie wymagał, aby zezwolenie zawierało kody odpadów 15 01 05, 20 01 08, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 29, 20 01 30.

Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SIWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18).

Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zezwolenia na transport i zbieranie odpadów wymogu w zakresie rodzajów odpadów objętych zezwoleniem, wykonawca ZUK R. K. nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty zezwoleniem obejmującym wszystkie kody odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach sprawy Izba ustaliła, iż wykonawca ZUK R. K. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp złożył m.in. stosowne decyzje Starosty Krakowskiego w przedmiocie transportu i zbierania odpadów, które z uwagi na zmianę przepisów zostały zastąpione wpisem do rejestru BDO, jak również złożył wydruk z ww. rejestru.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp względem wykonawcy ZUK R. K. nie potwierdził się.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do zastosowania instytucji określonej w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy ZUK R. K. do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.1.1 SIWZ, skoro ww. wykonawca jednoznacznie wykazał się posiadaniem niezbędnych uprawnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZUK R. K. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą w związku z wadliwym wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonym przez Wójta Gminy Gołcza.

Lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący wywodził, iż wykonawca ZUK R. K. posiada wadliwy wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Gołcza z uwagi na to, iż nie posiada bazy magazynowo – transportowej, która spełniałaby wymagania określone w § 2 ust. 1 - 3 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 r. poz. 122), przez co w konsekwencji wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 3.1.3 SIWZ.

Na wstępie Izba wskazuje, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie ww. zarzutu. W istocie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających zaprezentowane w odwołaniu twierdzenia, jakoby wykonawca ZUK R. K. nie posiadał bazy magazynowo – transportowej, która spełniałaby wymagania określone w § 2 ust. 1 - 3 ww. rozporządzenia.

Następnie Izba wskazuje, iż z treści SIWZ (rozdział XIII) nie wynika, by Zamawiający dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej w zakresie dysponowania bazą magazynowo-transportową. Tym samym sporna między stronami kwestia obowiązku posiadania bazy magazynowo-transportowej spełniającej odpowiednie wymogi nie ma znaczenia dla oceny spełniania przez wykonawcę ZUK R. K. warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie mogła stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dalej Izba stwierdza, że nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, jakoby wykonawca ZUK R. K. winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 3.1.3 SIWZ (posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej) z uwagi na to, iż nie posiada bazy magazynowo – transportowej, która spełniałaby wymagania określone w § 2 ust. 1 - 3 ww. rozporządzenia.

Wskazać należy, iż wykonawca ZUK R. K. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp złożył zgodnie z wymogiem SIWZ oświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Gołcza (załącznik nr 7 do SIWZ). Ponadto wykonawca złożył zaświadczenie Gminy Gołcza z dnia 28 stycznia 2020 r. stwierdzające, że ZUK R. K. został wpisany w dniu 28 stycznia 2020 r. pod numerem rejestracyjnym:OR.6235.1.2020 do prowadzonego przez Wójta Gminy Gołcza rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Gołcza, na podstawie wniosku z dnia 22.01.2020 r.

Zgodnie z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 ze zm.) [dalej „ucpg”], podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Warunkiem uzyskania decyzji o wpisie do rejestru działalności regulowanej jest złożenie oświadczenia o spełnieniu wymogów z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 9c ust. 4 ucpg). Wykonawca ZUK R. K. w przedmiotowym postępowaniu wykazał, że

posiada aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Gołcza. Tym samym jeżeli zdaniem Odwołującego w procedurze administracyjnej poprzedzającej wpis ww. wykonawcy do rejestru zostały złożone nieprawdziwe oświadczenia, to należało zakwestionować decyzję o wpisie w przewidzianym do tego trybie.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp względem wykonawcy ZUK R. K. nie mógł zostać uwzględniony.

W świetle powyższego za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy ZUK R. K. do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.1.3 SIWZ, skoro ww. wykonawca jednoznacznie wykazał się posiadaniem niezbędnych uprawnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdza, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK R. K. z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Gołcza oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów. Jak wskazano powyżej wykonawca ZUK R. K. w zakresie wymaganym przez Zamawiającego wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIII pkt 3.1.1 oraz 3.1.3 SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK R. K., podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a w szczególności jej istotne części składowe, tj. zakup i wyposażenie mieszkańców w pojemniki na odpady oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty, mimo że cena oferty ww. wykonawcy odbiega od ceny oferty Odwołującego, do którego obowiązków nie należy dokonanie czynności zakupu i wyposażenia mieszkańców w pojemniki, w ocenie Izby, nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia

i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska oraz
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Izba zauważa, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała sytuacja obligująca Zamawiającego do żądania od wykonawcy ZUK R. K. wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną wobec porównania tej ceny z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług lub średnią arytmetyczną cen złożonych obydwu ofert. Cena kwestionowanej oferty stanowiła ok. 87,75 % wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ok. 88,89 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Powyższa okoliczność nie wyklucza, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, możliwości żądania wyjaśnień, jeżeli powstaną uzasadnione wątpliwości co do realności oferowanej ceny, które jak wskazywał na rozprawie przed Izbą Zamawiający, w niniejszej sprawie nie zaistniały.

W ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie, nie zostało wykazane, by takie uzasadnione wątpliwości miały miejsce. Złożona przez Odwołującego kalkulacja kosztów realizacji całości zamówienia publicznego przy założeniu ilości 80,00 Mg/miesiąc nie potwierdza stanowiska wykonawcy. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał wysokości

kosztów prowadzenia PSZOK w kwocie 20 000 zł brutto w okresie dziesięciu miesięcy, których zresztą jak przyznał w toku rozprawy nie ujął w ww. kalkulacji, jak również przyjętego przez Wykonawcę kosztu wyposażenia nieruchomości w pojemniki (poz. 5 kalkulacji – 75 000 zł bez kosztów dostawy). Na podstawie złożonego przez Odwołującego dowodu nie sposób ustalić w jaki sposób wykonawca obliczył ww. kwoty oraz na jakich założeniach kalkulacyjnych zostały one zbudowane.

Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż art. 190 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to - przywołując treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź - zależnie od okoliczności - uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania w kwestii rozkładu ciężaru dowodu powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zwłaszcza w warunkach nie ziszczenia się przesłanek skutkujących obowiązkiem dokonania tej czynności) mogłoby ograniczać się *de facto* jedynie do wskazania na tę okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (por. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1125/19 oraz wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2159/18).

W świetle powyższego nie stwierdzono zaistnienia przesłanek zastosowania w stosunku do wykonawcy ZUK R. K. procedury wyjaśnienia ceny złożonej przez niego oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zarzut wskazujący na cenę rażąco niską, oddalono.

Przechodząc następnie do kwestii, jakoby złożenie przez wykonawcę ZUK R. K. oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, iż Odwołujący wywodził zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uznania, że oferta ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał, że wykonawca ZUK R. K. oferował sprzedaż usług i towarów będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia ani że działanie takie, które w ocenie Izby nie miało miejsca w okolicznościach tejże sprawy, prowadzone było w określonym przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu – tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwoławczy ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a za taką uznał ofertę wykonawcy ZUK R. K., powoduje ograniczenie dostępu do zamówienia przez podmioty, które w sposób prawidłowy, konkurencyjny i rynkowy wyceniły swoje oferty. W ocenie Izby Odwoławczy, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał popełnienia przez wykonawcy ZUK R. K. czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty ZUK R. K. .

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....