

Sygn. akt: KIO 3615/21

**WYROK**  
**z dnia 27 grudnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**  
**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Kluczewska 2, 32-300 Olkusz)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Olkusz (ul. Rynek 1, 32-300 Olkusz)**

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Kluczewska 2, 32-300 Olkusz)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (ul. Kluczewska 2, 32-300 Olkusz)** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto i Gmina Olkusz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opróżnianie koszy ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbieranie odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie - użyteczne, w tym obsługa uroczystości, obchodów i imprez masowych.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 08 listopada 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00261284/01.

Odwołujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1, art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy WEDAR pomimo faktu, że wykonawca ten wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące możliwości samodzielnego wykonania zamówienia wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę WEDAR pomimo że przewiduje ona realizację zamówienia niezgodnie z dokumentami zamówienia;
- 3) art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WEDAR do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, pomimo faktu, że jej istotny element składowy, jakim jest cena za codzienne opróżnianie koszy, został skalkulowany na poziomie nie pozwalającym na realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert; wykluczenie Wykonawcy WEDAR z postępowania; odrzucenie oferty Wykonawcy WEDAR z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ; wezwanie Wykonawcy WEDAR do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W punkcie 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający żądał, aby w toku realizacji zamówienia wykonawcy dokonali:

- zebrania, załadowania i transportu odpadów pochodzących z wykonanych prac do miejsca

unieszkodliwiania lub odzysku;

- przekazania odpadów do unieszkodliwiania lub odzysku podmiotowi posiadającemu zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku odpadów, wydane w trybie przepisów obowiązującej ustawy o odpadach.

Zdaniem Odwołującego, wprawdzie Zamawiający nie wymagał posiadania przez Wykonawcę określonych uprawnień do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia, jednak w części wymagającej posiadania tych uprawnień, wykonawca powinien przekazać wytworzone odpady do podwykonawcy posiadającego stosowne uprawnienia.

Wykonawca WEDAR nie jest wpisany do żadnych ewidencji ani rejestrów, nie posiada żadnych zezwoleń ani nie jest w posiadaniu żadnych instalacji pozwalających odbierać odpady, dlatego już na etapie składania oferty powinien był wskazać podmiot odpowiednio przygotowanego podwykonawcy, który będzie odbierał wytworzone odpady o każdej porze realizacji kontraktu.

W punkcie 11 formularza ofertowego Wykonawca WEDAR nie wskazał żadnych podwykonawców, dokonując wykreślenia w miejscach przeznaczonych na ich wskazanie, co oznacza, że zaoferował samodzielną realizację zamówienia.

W opinii Odwołującego swoim działaniem Wykonawca WEDAR wytworzył w świadomości Zamawiającego informację, że nie potrzebuje przekazywać odpadów do żadnego innego podmiotu. Tymczasem odbiór odpadów wymaga podpisania z uprawnionym podmiotem odrębnej umowy. Usługi te bowiem będą świadczone nie przez Wykonawcę WEDAR, lecz przez inny podmiot.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy WEDAR jest sprzeczna z SWZ. Oświadczenie złożone przez Wykonawcę WEDAR w pkt 10 Formularza ofertowego jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd Zamawiającego, a jednocześnie oświadczenie to może wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, co prowadzi do wniosku, że mamy zatem do czynienia ze spełnieniem się przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał na art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779, 784, 1648.), zgodnie z którym przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami.

Dalej Odwołujący wskazał, że: „Z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje codzienne opróżnianie koszy ulicznych, Wykonawca WEDAR będzie zmuszony do czasowego magazynowania zebranych odpadów przez okres dni wolnych od pracy i świąt.

W przypadku czasowego magazynowania odpadów podmiot jest zbierającym odpady i jako taki jest zobowiązany zgodnie z art. 41. ust. 1 u.o. do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów. Zgodnie z art. 51 ust. 1 u.o. w przypadku posiadacza odpadów, który uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, marszałek województwa dokonuje wpisu do Rejestru z urzędu. Brak takiego wpisu sugeruje, że podmiot takiej decyzji nie posiada. Dodatkowo, zgodnie z art. 66 ust. 4 u.o. ustawodawca wskazał, że obowiązek prowadzenia ewidencji odpadów nie dotyczy m.in. rodzajów odpadów lub ilości odpadów określonych w rozporządzeniu Ministra Klimatu z 23.12.2019 r. w sprawie rodzajów odpadów i ilości odpadów, dla których nie ma obowiązku prowadzenia ewidencji odpadów (Dz.U. z 2019 r. poz. 2531). Jeśli podmiot wytwarza (również w wyniku świadczenia usług) odpady w ilościach powyżej tych wartości, jest zobowiązany do prowadzenia ewidencji, a co za tym idzie do uzyskania wpisu do BDO. W przypadku powstania znacznej ilości odpadów innych niż komunalne powstaje obowiązek wpisu do BDO. Wszystkie podmioty zobowiązane do prowadzenia ewidencji mają obowiązek uzyskania wpisu do BDO”.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca WEDAR nie ma prawa czasowego magazynowania wytworzonych przez siebie w toku opróżniania koszy odpadów. Nie zgłosił podwykonawstwa, pomimo że ma obowiązek przekazania odpadów do podmiotu posiadającego uprawnienia. Czynność przekazania odpadów zalicza się do essentialia negotii umowy. Zdaniem Odwołującego, treść oferty Wykonawcy WEDAR jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał także na cenę zamówienia zaoferowaną przez Wykonawcę WEDAR. Odwołujący zauważył, że skoro cena oferty Wykonawcy WEDAR wynosi: 438 999,48 zł, to cena za codzienne opróżnianie koszy wynosząca 320 371,20 zł stanowi aż 73 %, co oznacza że jest na tyle istotną częścią całej ceny zamówienia, że jej nieprawidłowe, nierzetelne oraz nierealne wyliczenie stanowić powinno podstawę do zbadania przez Zamawiającego, czy cena złożonej przez Wykonawcę WEDAR oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Wykonawca WEDAR w odniesieniu do dokładnie takich samych czynności, zastosował dwie różne ceny jednostkowe za opróżnienie kosza ulicznego. Cena za opróżnienie kosza w trybie „opróżnianie codzienne” jest ponad trzykrotnie niższa (1,97 zł) od ceny za opróżnienie takiego samego kosza w trybie „opróżnianie dwa razy w tygodniu” (6,92 zł). Powyższe zdaniem Odwołującego może świadczyć o całkowicie przypadkowym charakterze zaoferowanych cen składowych. To zaś stawiałoby pod znakiem zapytania logikę wyliczenia ceny a co za tym idzie realność tej ceny i jej związek z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że przychód Wykonawcy WEDAR z tytułu codziennego opróżniania koszy plasuje zaoferowaną cenę poniżej kosztów realizacji, tym bardziej, że

Wykonawca WEDAR nie posiada własnej instalacji do obioru odpadów. Nie wiadomo kto będzie przejmował odpady bowiem Wykonawca WEDAR nie wskazał podwykonawstwa. Prawdopodobnie w wyliczeniu ceny Wykonawcy WEDAR w ogóle nie uwzględnił kosztu przekazania i zagospodarowania powstałych odpadów.

Odwołujący dokonał porównania przychodów przewidzianych przez siebie oraz przez Wykonawcę WEDAR i w konsekwencji stwierdził, że przychód Wykonawcy WEDAR z tytułu opróżniania codziennego koszy jest o 4253,43 zł niższy, od kosztów Odwołującego.

Zauważył także, że ceny jednostkowe nie tylko że nie uwzględniają nawet najmniejszego marginesu ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, w szczególności związane ze zmianą cen, wynagrodzeń za świadczone usługi, zmian wysokości składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co jest wymaganiem SIWZ, ale przede wszystkim nie pozwalają na realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę WEDAR do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Zaniechawszy powyższego naruszył przepisy art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że:

W punkcie 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający żądał, aby w toku realizacji zamówienia wykonawcy dokonali:

- zebrania, załadowania i transportu odpadów pochodzących z wykonanych prac do miejsca unieszkodliwiania lub odzysku;
- przekazania odpadów do unieszkodliwiania lub odzysku podmiotowi posiadającemu zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku odpadów, wydane w trybie przepisów obowiązującej ustawy o odpadach;

Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu, podmiot zajmujący się opróżnianiem koszy ulicznych jest wytwórcą odpadów nieprowadzącym działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zatem nie jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej o której mowa w art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a tym samym nie jest zobowiązany do spełnienia wymogów wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W sytuacji gdy przedsiębiorca jest wytwórcą odpadów, na transport wytworzonych odpadów nie musi mieć zezwolenia ani wpisu do rejestru. Równocześnie, zgodnie z definicją magazynowania odpadów zawartą w ustawie o odpadach Wytwórca odpadów może je zmagazynować, a czas ich magazynowania został określony w ustawie. Zatem ewentualna konieczność zmagazynowania odpadów przez okres świąt, dni wolnych nie stanowi naruszenia ustawy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że z punktu 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wynika, iż każda firma która nie posiada zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów będzie zobligowana do podpisania umowy z podmiotem, który takie zezwolenie posiada.

Zamawiający w Rozdziale II, ust. 7 Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt. 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jednoznacznie wskazał, iż nie określa ww. warunku.

Zarówno zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp jak i zapisów ww. Rozdziału I ust. 2 Wykonawcy/podwykonawcy/podmioty trzecie udostępniające wykonawcy swój potencjał pkt 6 Podwykonawstwo jednoznacznie wskazują, iż w przypadku, gdy Wykonawca planuje powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, jest on zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców, o ile są już znane.

Zamawiający podkreślił, że nigdy nie był przeświadczony, iż Wykonawca WEDAR nie potrzebuje przekazywać zebrane odpady do innego podmiotu.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że oferta Wykonawcy WEDAR jest zgodna z warunkami zamówienia i przewiduje ona realizację zamówienia zgodnie z dokumentami Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ceny Wykonawcy WEDAR Zamawiający podkreślił, że całkowity średni koszt brutto z wszystkich ofert wynosi 554.579,70 zł, a więc oferta Wykonawcy WEDAR na kwotę 438.999,48 zł stanowi 79,16% średniej ceny wszystkich ofert. Ponadto po analizie kosztów oferty Wykonawcy WEDAR w stosunku do wartości zamówienia (powiększonego o należny podatek) ustalonego przed wszczęciem postępowania, która wynosi 498.157,80 zł ( $461.257,22 \times 1,08 = 498.157,80$ ) Zamawiający stwierdził, że oferta Wykonawcy WEDAR stanowi 88,12% szacunkowej wartości zamówienia. Analizując koszt ceny części składowej, tj. ceny za codzienne opróżnianie koszy Zamawiający stwierdził również, że uśredniony koszt tej części z czterech złożonych w postępowaniu ofert wynosi 434.824,8 zł, a więc oferta firmy WEDAR na kwotę 320.371,20 zł. stanowi 73,68% średniej ceny części składowej z wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że zarówno cena oferty Wykonawcy WEDAR jak i cena istotnej ceny składowej nie jest rażąco niska w myśl art. 224 ust 2 ustawy Pzp i u

Zamawiającego nie budziła wątpliwości. W związku z powyższym Zamawiający oświadczył, że nie wzywał do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego, że Wykonawca WEDAR zastosował dwie różne ceny jednostkowe za opróżnianie koszy ulicznych, tj. inna cena za opróżnianie w trybie „opróżnianie codzienne” a inna cena za opróżnianie koszy w trybie „opróżnianie dwa razy w tygodniu” jest niezasadny. Może wręcz świadczyć (w ocenie Zamawiającego) na korzyść Wykonawcy WEDAR, że kalkulacja kosztów została przeprowadzona przez Wykonawcę WEDAR rzetelnie.

Zamawiający wyjaśnił, że jednoznacznie rozgraniczył dwa obszary opróżniania koszy, które to obszary przylegają do siebie ale jednocześnie charakteryzują się różnym zagęszczeniem ilości koszy. Obszar objęty załącznikiem B do umowy obejmujący wykaz koszy ulicznych na terenie Miasta Olkusz, a obszar objęty załącznikiem C do umowy obejmujący wykaz koszy ulicznych na terenie Gminy Olkusz obejmującym sołectwa (za wyjątkiem cmentarza przy ul. Nullo). Pomiędzy tymi obszarami występuje w ocenie Zamawiającego niekwestionowana różnica w konieczności przejazdu celem odbioru zadanej ilości koszy. Koszty przejazdów samochodów na terenie wiejskim generują wyższe koszty obsługi tego terenu ze względu na rozległy obszar (podrożony koszt transportu).

Twierdzenie Odwołującego, że: „Podane ceny jednostkowe nie tylko że nie uwzględniają nawet najmniejszego marginesu ryzyka związane z wykonaniem nin. zamówienia, w szczególności związane ze zmianą cen, wynagrodzeń za świadczone usługi, zmian wysokości składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co jest wymaganiem SIWZ, ale przede wszystkim nie pozwalają na realizację zamówienia” w ocenie Zamawiającego jest niezasadne, z uwagi na fakt, że to Wykonawca miał skalkulować w ofercie swoje ryzyko, a zgodnie z zapisami SWZ, w Rozdziale II ust. 12 pkt 3 i pkt 4 Wykonawca był zobligowany do wyliczenia ceny oferty z należytą starannością.

Zamawiający wyjaśnił także, że we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ w §11 ust. 1 dopuścił zmianę umowy m.in. w zakresie:

- a) zmiany wynagrodzenia w przypadku urzędowej zmiany podatku VAT,
- b) zmiany wynagrodzenia w przypadku urzędowej zmiany:
  - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r, o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
  - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Zamawiający podkreślił również, że każdy z podmiotów przyjmuje indywidualną kalkulację, więc trudno wnosić zarzut dotyczący przychodów. Zamawiający nie był zobligowany do badania przychodów poszczególnych firm. Dlatego wyliczenia przedstawione przez Odwołującego Zamawiający uznał za niezrozumiałe.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu stanowi opróżnianie koszy ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbieranie odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie - użyteczne, w tym obsługa uroczystości, obchodów i imprez masowych.

W punkcie 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający żądał, aby w toku realizacji zamówienia wykonawcy dokonali:

- zebrania, załadowania i transportu odpadów pochodzących z wykonanych prac do miejsca unieszkodliwiania lub odzysku;
- przekazania odpadów do unieszkodliwiania lub odzysku podmiotowi posiadającemu zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku odpadów, wydane w trybie przepisów obowiązującej ustawy o odpadach;

Z punktu 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wynika, iż każda podmiot, która nie posiada zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów, będzie zobligowany do podpisania umowy z podmiotem, który takie zezwolenie posiada.

Zamawiający w Rozdziale II, ust. 7 Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt. 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jednoznacznie wskazał, iż nie określa ww. warunku.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.



Podobne postanowienie Zamawiający przewidział w rozdziale I ust. 2 pkt 6 SWZ. Zgodnie z tym postanowieniem, Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. W przypadku, gdy Wykonawca planuje powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, jest on zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców, o ile są już znane.

Powyższe oznacza, że wykonawcy byli zobowiązani przedstawić w ofercie informację o realizacji zamówienia przez podwykonawcę tylko wtedy, gdy w chwili składania oferty podwykonawca byłby już znany. Skoro z SWZ nie wynikało bezwzględne wymaganie Zamawiającego co do przedstawienia podwykonawców już na etapie złożenia oferty, a tylko w przypadku, gdy na tym etapie wykonawca podejmie decyzję co do osoby podwykonawcy, to nie można uznać, aby brak wskazania osoby podwykonawcy na tym etapie przez Wykonawcę Wedar miał skutkować koniecznością odrzucenia oferty tego Wykonawcy. W konsekwencji za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

W konsekwencji nie uwzględnienia powyżej wskazanego zarzutu, nie można uznać, aby Wykonawca Wedar wprowadził Zamawiającego w błąd.

Nie jest zatem również zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Wedar.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak oświadczył Zamawiający, nigdy nie był przeświadczony, że firma Wedar nie potrzebuje przekazywać zebranych odpadów do innego podmiotu.

Jak wskazano powyżej, przedmiotem niniejszego postępowania, a zatem usługą, jaką będzie realizował wybrany wykonawca, jest opróżnianie koszy ulicznych na terenie Miasta i Gminy Olkusz, odbieranie odpadów zebranych przez osoby wykonujące prace społecznie - użyteczne, w tym obsługa uroczystości, obchodów i imprez masowych.

Jak wyjaśnił Zamawiający, podmiot zajmujący się opróżnianiem koszy ulicznych jest wytwórcą odpadów nieprowadzącym działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zatem nie jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a tym samym nie jest zobowiązany do spełnienia wymogów wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W sytuacji gdy przedsiębiorca jest wytwórcą odpadów, na transport wytworzonych odpadów nie musi mieć zezwolenia, ani wpisu do rejestru.

Równocześnie, zgodnie z definicją magazynowania odpadów zawartą w ustawie o odpadach, wytwórcą odpadów może je zmagazynować, a czas ich magazynowania został określony w ustawie. Zatem ewentualna konieczność zmagazynowania odpadów przez okres świąt, dni wolnych, nie stanowi naruszenia ustawy.

Z zapisów punktu 1, tiret 10 i 11 Załącznika nr 7 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” wynika, iż każda podmiot, który nie posiada zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów, będzie zobligowany do podpisania umowy z podmiotem, który takie zezwolenie posiada.

Zamawiający w Rozdziale II, ust. 7 Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia pkt. 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jednoznacznie wskazał, iż nie określa ww. warunku.

Powyższe oznacza, że Zamawiający nie oczekiwał, aby wykonawcy załączyli do oferty informacje, czy dokumenty dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zamawiający nie postawił bezwzględnego wymagania co do przedstawienia podwykonawców już na etapie oferty, a tylko w przypadku, gdy na tym etapie wykonawca podejmie decyzję co do osoby podwykonawcy.

Zatem fakt braku przedstawienia przez Wykonawcę Wedar osoby podwykonawcy na etapie oferty, jak również nieprzedstawienie informacji, czy dokumentów dotyczących uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, nie jest sprzeczne z SWZ i jako takie nie może zostać uznane za wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Wedar do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zgodnie z artykułem 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawców wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, oferta Wykonawcy Wedar stanowi 79,16% średniej ceny wszystkich ofert. Ponadto oferta ta stanowi 88,12% szacunkowej wartości zamówienia. Powyższe dane wskazują, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Wedar nie odbiega od cen innych wykonawców, zatem trudno uznać, aby uzasadnione były wątpliwości, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę jest rażąco niska.

Zamawiający oświadczył, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Wedar nie budziła jego wątpliwości. W związku z powyższym nie istniały podstawy (zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) do wezwania Wykonawcy Wedar do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Wykonawca Wedar w odniesieniu do dokładnie takich samych czynności, zastosował dwie różne ceny jednostkowe za opróżnienie kosza ulicznego. Odwołujący przypuszcza, że okoliczność ta może świadczyć o całkowicie przypadkowym charakterze zaoferowanych cen składowych. To zaś stawiałoby pod znakiem zapytania logikę wyliczenia ceny, a co za tym idzie realność tej ceny i jej związek z przedmiotem zamówienia.

Należy zauważyć jednak, że Odwołujący przedstawia jedynie swoje przypuszczenia. Sam fakt, że Wykonawca proponuje dwie różne stawki za realizację odmiennej (lokalizacyjnie i czasowo) usługi nie uzasadnia podstawy do przyjęcia wątpliwości, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Wedar jest rażąco niska. Okoliczność zaoferowania dwóch różnych stawek za różny zakres zamówienia nie jest niczym wyjątkowym, również w kontekście zaoferowanej ceny. Na pewno nie jest dowodem na to, że cena Wykonawcy Wedar jest nierealna. Dlatego argument Odwołującego jest nietrafny.

Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który stanowiłby uzasadnioną podstawę dla wątpliwości, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Wedar może być rażąco niska. Należy przypomnieć, że cena rażąco niska to cena nierealna, to cena, za którą nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Już z powyżej przytoczonego

porównania cen wynika, że cena Wykonawcy Wedar nie odbiega od cen innych wykonawców, co przeczy twierdzeniu, że rzeczywiście jest rażąco niska.

Odwołujący dokonał porównania przychodów przewidzianych przez siebie oraz przez Wykonawcę Wedar. Obliczenia własne Odwołującego stanowią wyłącznie dowód na sposób kalkulacji dokonany przez Odwołującego. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę samodzielnie. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że obiektywnie nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę Wedar.

Nie jest także zasadny argument Odwołującego, zgodnie z którym: ceny jednostkowe przewidziane przez Wykonawcę Wedar nie uwzględniają nawet najmniejszego marginesu ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, w szczególności związanego ze zmianą cen, wynagrodzeń za świadczone usługi, zmianami wysokości składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co jest wymaganiem SIWZ.

Jak wyjaśnił Zamawiający, we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, w § 11 ust. 1 dopuścił zmianę umowy m.in. w zakresie:

c) zmiany wynagrodzenia w przypadku urzędowej zmiany podatku VAT,

d) zmiany wynagrodzenia w przypadku urzędowej zmiany:

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r, o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Zatem Odwołujący nie tylko nie wykazał, że rzeczywiście istnieje wątpliwość, że ceny zaoferowane przez Wykonawcę Wedar nie są realne, nie uwzględniają wymaganych kosztów, ale także pominął fakt, że Zamawiający przewidział ewentualne zmiany w treści umowy wynikające ze zmiany okoliczności.

W konsekwencji, Odwołujący nie wykazał, aby istniały podstawy do powzięcia wątpliwości, że cena przewidziana przez Wykonawcę Wedar nie pozwala na realizację zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....