

Sygn. akt KIO 2535/19

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 8 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2019 r. przez odwołującego - **Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** (Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Grodków** (ul. Warszawska 29, 49-200 Grodków),

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** (Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Opolu**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Gmina Grodków, którego przedmiotem jest którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Grodków”, numer referencyjny: IGP.VI.271.19.2019, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 listopada 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 219-537713. Odwołujący – Remondis Opole sp. z o.o. podał, że w toku przedmiotowego postępowania naruszył następujące przepisy ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy P.H.U. Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Komunalnik) z postępowania, który to wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 1b pkt 3 Pzp - zaniechanie wykluczenia wykonawcy Komunalnik, który to wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż wskazane przez niego bazy magazynowo - transportowe zlokalizowane w Starym Wiązowie i Nysie nie spełniają wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., po. 122), (dalej: Rozporządzenie), ewentualnie: 2a) art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym w postaci dysponowania w okresie realizacji zamówienia bazą magazynowo - transportową z zapleczem techniczno - biurowym, spełniającą wymagania Rozporządzenia usytuowaną na terenie Gminy Grodków lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Grodków, do którego posiadać będzie tytułu prawny;
3. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 1b pkt 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w postaci aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa, w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli posesji/nieruchomości

położonych na terenie Gminy Grodków, który to wykonawca przedstawił jedynie zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Kunice, a zatem wpis z innej gminy, a co za tym idzie nie potwierdził spełnienia warunku posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia określonej działalności;

4. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena zaaferowana przez tego wykonawcę wydają się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; 3. wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego powinna być, zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, uznana za ofertę najkorzystniejszą. Interes we wniesieniu odwołania polega zatem na tym, iż jego uwzględnienie będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz odrzuceniem jego oferty. W przypadku wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, to oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert. Nie może, zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.

I. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia - wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

1. Wraz z ofertą wykonawca Komunalnik przedstawił JEDZ, w którym w części III podstawy wykluczenia, sekcja C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w odpowiedzi na pytanie dotyczące naruszenia obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska - Czy wykonawca wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.n zaznaczył odpowiedź „NIE”.

2. Informacje podane w złożonym wraz z ofertą JEDZ przez wykonawcę Komunalnik są niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż na dzień składania ofert wobec tego podmiotu zachodziła fakultatywna przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Podanie

przez wykonawcę Komunalnik w JEDZ informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

3. Na dzień składania ofert wobec wykonawcy Komunalnik wydano m.in. następujące decyzje administracyjne o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska:

a) Decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 czerwca 2019 r., orzekająca wymierzenie Komunalnik administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 388 957,50 zł za zbieranie odpadów na terenie działki 470/1 przy ul. Kosynierów 1 w Boguszowie Gorcach bez wymaganego zezwolenia;

b) Decyzja Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 17 kwietnia 2018r. utrzymująca w mocy zaskarżoną decyzję dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 24 czerwca 2017 r., znak: DW-DI.7062.2.2017.id, wymierzająca Komunalnik administracyjną karę pieniężną w wysokości 5.000 zł za gospodarowanie odpadami w Stacji Przeladunkowej Odpadów Komunalnych przy ul. Uczniowskiej 21, 58-306 Wałbrzych, położonej na terenie działki nr 311/1 obręb 2 Szczawienko w Wałbrzychu, z naruszeniem warunków decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów;

c) Decyzja Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 27 marca 2018 r. orzekającej wymierzenie Komunalnik administracyjną karę pieniężną w wysokości 5.000 zł za zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych na terenie hali w Żórawinie przy al. Niepodległości 2A, tj. zbieranie odpadów wbrew zakazowi zbierania wynikającemu z art. 23 ust. 2 pkt 5 ustawy o odpadach oraz w wysokości 5.000 zł za zbieranie odpadów na terenie hali w Żórawinie przy Al. Niepodległości 2A bez zezwolenia o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach;

d) Decyzja Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 16 listopada 2017 r. wydana po rozpatrzeniu odwołania Komunalnik od decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 25 kwietnia 2016 r., znak: WI.7062.2.2.2016.ZK wymierzająca administracyjną karę pieniężną w wysokości 100 000 zł za prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na zbieraniu i przetwarzaniu odpadów, pod adresem: ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa tj. niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, uchylająca zaskarżoną decyzję w całości i orzekająca wymierzenie Komunalnik administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 50.000 zł za prowadzenie bez zezwolenia działalności polegającej na zbieraniu odpadów, pod adresem ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa, tj. niewypełnienie obowiązku, o którym mowa art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach.

4. Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy Komunalnik z postępowania:

a. Jak zauważyła Izba w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 596/18), „na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/ UE wzrosło

znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ} jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych”.

b. Podobnie KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/18) stwierdza, iż „W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątplenia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa”

5. Biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez wykonawcę Komunalnik odnośnie braku podstaw do wykluczenia były obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, a ich podanie wynikało z niedbalstwa wykonawcy to na gruncie niniejszej sprawy wypełniona została przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

## II. Zaniechanie wykluczenia - brak bazy magazynowo - transportowej.

1. Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2 ppkt 2 lit. c) SIWZ, Zamawiający uzna warunek dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykonawca wykaże, że będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia bazą magazynowo - transportową z zapleczem techniczno-biurowym, spełniającą wymagania przepisów Rozporządzenia. Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Grodków jest zobowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną na terenie Gminy Grodków lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Grodków, do którego posiadać będzie tytuł prawny. Odległość 60 km od granicy Gminy Grodków należy mierzyć zgodnie z odległością jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych, pomiędzy bazą magazynowo - transportową a granicą gminy.

2. Zamawiający wymagał zatem dysponowania nie jakąkolwiek bazą magazynowo - transportową, ale taką bazą, która będzie spełniania wymagania przepisów Rozporządzenia.

3. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, wykonawca Komunalnik przedstawił wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, w którym wskazał,

że dysponuje bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną w Starym Wiązowie oraz w Nysie przy ul. Morcinka 66e, które spełniają wymogi Rozporządzenia.

4. Bazy wskazane przez wykonawcę Komunalnik nie spełniają wymogów Rozporządzenia, gdyż jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego, baza magazynowo - transportowa w Wiązowie oraz baza transportowa w Nysie, są zorganizowane na terenach, które są terenami niewyposażonymi w instalacje zapewniające odprowadzanie wód opadowych i ścieków przemysłowych z terenu bazy magazynowo -transportowej. Taki wniosek wypływa zarówno z lokalizacji przedmiotowych baz w Wiązowie na terenie działki o numerze 65/1 oraz w Nysie przy ul. Morcinka 66e jak i z kontroli przeprowadzonych przez niezależne organy - Prezydenta Miasta Opola w odniesieniu do bazy w Nysie oraz Dolnośląskiego Inspektora Ochrony Środowiska w odniesieniu do bazy w Wiązowie. Z kontroli wspomnianych podmiotów jednoznacznie wynika że tereny na których zlokalizowane są bazy nie posiadają zarówno takich urządzeń i instalacji, jak również nie są podłączone do kanalizacji zapewniającej odprowadzanie wód opadowych i ścieków przemysłowych z tych terenów. Co więcej, wody nie są odprowadzane zgodnie przepisami prawa przy użyciu w takim przypadku wozów asenizacyjnych (ponieważ nie ma z czego, skoro nie ma odpowiednich instalacji), a nadto brak jest w konsekwencji również decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym dla obu przedmiotowych lokalizacji. W konsekwencji, podmiot ten nie posiada umowy na odprowadzanie wód opadowych i roztopowych z terenu baz zlokalizowanych w wyżej wskazanych lokalizacjach, do sieci kanalizacji.

a) Ponadto, dla przedmiotowych nieruchomości nie wydano pozwoleń wodnoprawnych zezwalających na odprowadzanie ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów, które to pozwolenie jest konieczne (zgodnie ze stanowiskiem Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej) zarówno w przypadku wprowadzania ścieków przemysłowych bezpośrednio do kanalizacji należącej do innego podmiotu, jak również za pośrednictwem wozów asenizacyjnych do stacji zlewnych lub bezpośrednio do oczyszczalni ścieków. Brak takiego pozwolenia wynika z braku odpowiednich instalacji i znajduje potwierdzenie w protokołach z w/w kontroli.

b) Zgodnie natomiast z § 2 ust. 2 pkt 2) Rozporządzenia, miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów muszą być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. Teren przeznaczony pod bazę magazynowo - transportową, nie spełnia tych wymagań, jeśli nie jest zabezpieczony w taki sposób, aby jego powierzchnia była jest szczelna. Utwardzenie gruntu nie spełnia definicji szczelności, albowiem może dochodzić do przesączenia się zanieczyszczeń do gruntu - zarówno w postaci olejów z pojazdów, jak i odcieków z odpadów. Obie lokalizacje nie spełniają tych wymogów.

c) To w konsekwencji powoduje, że całość terenu, który jest przeznaczony na bazę magazynowo - transportową, musi być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające

gospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie Prawo wodne. Celem powyższego jest zapewnienie, aby prawidłowemu zagospodarowaniu podlegały odcieki z odpadów wydostające się z pojazdów przeznaczonych do zbierania odpadów (powstające między innymi w wyniku przedostawania się przez pojazdy opadów atmosferycznych, ale również odcieków z samych odpadów o charakterze płynnym, które znajdują się w odpadach komunalnych), a także wydostające się z pojazdów (choćby w minimalnych ilościach) paliwa, oleje i smary.

d) Z uwagi na konieczność zapewnienia szczelnego podłoża w miejscu parkowania pojazdów, odcieki te (ścieki i wody opadowe) powinny być gromadzone w urządzeniach kanalizacyjnych bazy i być przekazywane bezpośrednio (odpowiednim podłączeniem) lub pośrednio (za pomocą wozów asenizacyjnych) do instalacji kanalizacyjnych innego podmiotu, gwarantującego odpowiednie oczyszczenie tych ścieków i wód opadowych.

5. Ponadto, bazy magazynowo transportowe wskazane przez Komunalnik nie spełniają również wymagań określonych w §2 ust. 2 pkt 5 lit. c) Rozporządzenia, gdyż dla bazy magazynowo - transportowej w Nysie nie zostało wydane zezwolenie na zbieranie, a dla bazy w Starym Wiązowie takie pozwolenie co prawda zostało wydane ale jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego zbieranie odpadów na tej nieruchomości jest realizowane niezgodnie z wydanym zezwoleniem. Jest to tym bardziej istotne, że wspomniane zezwolenie zostało przedstawione przez Komunalnik na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 lit. b) SIWZ tj. wykazania posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów.

6. Tym samym, wykonawca Komunalnik nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego dysponowania bazą magazynowo - transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia.

### III. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia wpisu do rejestru.

1. Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 18 października 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.), działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495). W art. 9c ust. 1 przywołanej ustawy, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

2. W Rozdziale IX, pkt 2 ppkt 1 lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, tj. posiadają

aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa, w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli posesji/ nieruchomości położonych na terenie Gminy Grodków.

3. W dniu 27 listopada 2019 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę Komunalnik do złożenia dokumentów potwierdzających, okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym do przedstawienia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa, w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli posesji/ nieruchomości położonych na terenie Gminy Grodków (pkt 1 wezwania). W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przedstawił zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Kunice, a zatem zaświadczenie o wpisie do RDR w innej gminie, niż gmina na terenie, której zamierza odbierać odpady komunalne, czyli Gminie Grodków (brak wpisu do RDR wydanego przez Burmistrza miejscowo właściwego dla wykonania przedmiotu zamówienia).

4. Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Komunalnik do przedstawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia określonej działalności w postaci wpisu do RD prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

#### IV. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

1. Zgodnie z art. 90 ust. 1 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 określonym w tym przepisie.

2. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę Komunalnik za realizację przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, tj. nierealistyczna, nierynkowa, a co za tym idzie, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w tej cenie. Wątpliwości budzi w szczególności cena zaoferowana za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych, pozostałości z selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz popiołu (poz. 1 tabeli z Formularza ofertowego) wynosząca 500,00 zł/Mg (netto) - niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert wynoszącej 608,33 zł/Mg, czyli aż o 18%. Odwołujący zaoferował cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie tego rodzaju odpadów na poziomie 605,00 zł/Mg (netto), zaś trzeci z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, zaoferował cenę jednostkową na poziomie 720 zł/Mg (netto).

3. Odpady zakwalifikowane do tej kategorii stanowią 75% wszystkich odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zatem cena



jednostkowa za ich odbiór i zagospodarowanie w znaczący sposób przekłada się na cenę za realizację przedmiotu zamówienia.

4. Uwzględniając, iż koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych 20 03 01 na najbliższej i jednocześnie najtańszej Instalacji Komunalnej w Domaszkowicach do - zarządzanej przez EKOM SP. z o.o. będzie wynosił w 2020 r. - 359,59 zł netto/ Mg, na realizację pełnej usługi odbioru i transportu tych odpadów pozostanie wykonawcy zaledwie 140,41 zł netto/Mg.

5. Zaoferowana przez wykonawcę Komunalnik cena jest ceną dumpingową, rażąco zaniżoną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych. Cena ta nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz wynikających z odrębnych, aktualnie obowiązujących przepisów. Cena ta nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z realizacją usługi, tj.:

a) kosztów zapewnienia odpowiedniej ilości pojazdów służących do stałej obsługi zamówienia, spełniających europejskie standardy emisji spalin przynajmniej w zakresie EURO 5 i przynajmniej 1 szt. Euro 6. Wszystkie pojazdy muszą być wyposażone w system GPS monitorujący i rejestrujący informacje o czasie pracy pojazdu, aktualnej lokalizacji, przebytej drogi pojazdów, prędkości z jednoczesnym wykazaniem takich czynności jak wyładunek odpadów. Biorąc pod uwagę, iż zamawiający wymaga stosunkowo nowych pojazdów, nie można w kalkulacji pominąć kosztów amortyzacji pojazdów; b) kosztów zużycia paliwa; c) kosztów utrzymania i napraw pojazdów; d) kosztów mycia i dezynfekcji pojazdów - zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z dnia 25 stycznia 2013r., poz.122) pojazdy i urządzenia muszą być poddawane myciu i dezynfekcji z częstotliwością gwarantującą zapewnienie im właściwego stanu sanitarnego, nie rzadziej niż raz na miesiąc, a w okresie letnim nie rzadziej niż raz na 2 tygodnie; e) wynagrodzeń - podkreślić w tym miejscu należy, iż Zamawiający wymaga w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zadania tj.: czynności wykonywane przez pracowników fizycznych w okresie realizacji niniejszego zamówienia, zostały zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040). Z kolei na rynku pracy, w związku z obniżeniem poziomu bezrobocia związanego ze stałym wzrostem gospodarczym, emigracją zarobkową oraz przechodzeniem dotychczasowych pracowników na emeryturę, a także w związku z wzrostem średniego poziomu wynagrodzeń i innymi aspektami funkcjonowania tego rynku, obserwowany jest znaczny postępujący wzrost realnych oczekiwań finansowych pracowników, którym przedsiębiorcy zmuszeni są sprostać. W istotnej części przypadków oczekiwania te wykraczają ponad poziom stawek minimalnych wynikających z przepisów prawa.

Wynagrodzenie kierowcy pojazdu specjalistycznego powinno wynosić co najmniej 4 500,00 zł brutto, gdyż na rynku brak jest wykwalifikowanych pracowników gotowych podjąć pracę za niższą stawkę; f) kosztów wdrożenia wymaganej przepisami od dnia 01.01.2020r. elektronicznej ewidencji w systemie BDO (wyposażenie pojazdów w urządzenia umożliwiające bezpośredni dostęp do ewidencji); g) kosztów przygotowania i dostarczenia mieszkańcom harmonogramów odbioru odpadów na każdy rok; h) kosztów pośrednich; i) zysku - chociażby na minimalnym poziomie.

6. W wyroku KIO 1946/18 Izba podkreśliła, że „nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty jest przyczyną do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej. W obecnym stanie prawnym również z powodu wątpliwości, co do prawidłowego wycenienia istotnej części składowej oferty, należy zweryfikować jej cenę ogólną.”

7. Na gruncie niniejszej sprawy nie może budzić wątpliwości, że ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawcy zobowiązani byli podać w tabeli zawartej w formularzu ofertowym stanowią istotną część składową. Zamawiający żądał podania w ofercie ceny całkowitej (przy czym łączna cena brutto miała na celu wyłącznie umożliwienie porównania ceny złożonych ofert) i cen składowych - cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów, które zostaną następnie przeniesione do tabeli zawartej w §9 ust. 1 wzoru umowy (Część II SIWZ). Zgodnie z §9 ust. 2 ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 1 obejmują wszystkie zobowiązania oraz koszty związane z realizacją zamówienia, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu niniejszej umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. W ust. 3 omawianego postanowienia, wskazano, że wynagrodzenie za świadczenie usług, objętych umową, obliczone będzie jako iloczyn cen jednostkowych, o których mowa w ust. 1 i odebranej ilości odpadów, potwierdzonej przez Strony umowy w stosownym raporcie miesięcznym. Ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie odpadów będą zatem stanowiły podstawę do ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

8. Cena zaoferowana przez wykonawcę Komunalnik jest najniższą spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, od drugiej w rankingu ofert ceny zaoferowanej przez Odwołującego jest ona niższa o prawie 500 tys zł, a od trzeciej w rankingu ofert ceny zaoferowanej przez ENERIS Surowce o ponad 1 milion złotych. Ceny zawarte w tych dwóch ofertach są istotną wytyczną i stanowią odzwierciedlenie cen rynkowych dla tego zamówienia - były kalkulowane w tym samym czasie, w tych samych warunkach gospodarczych oraz z uwzględnieniem tego samego zestawu wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Jest to tym bardziej istotne, że w przedmiotowym postępowaniu cena stanowi

jedynym kryterium oceny ofert o wadze 100 %, a zatem to wyłącznie cena decydowała o pozycji danego wykonawcy w rankingu ofert.

9. Istnieje duże prawdopodobieństwo, że cena całkowita oferty wykonawcy Komunalnik odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców ze względu na budzącą wątpliwości cenę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych, pozostałości z selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz popiołu, co w efekcie powoduje wątpliwości co do realności całkowitej ceny ofertowej Komunalnik.

10. Cena zaoferowana przez wykonawcę Komunalnik budzi poważne wątpliwości co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Z tego powodu, Zamawiający zobligowany był do skierowania do tego wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

11. Jak trafnie podkreślono w przywoływanym powyżej wyroku KIO 1946/18 „Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż skoro określenie ceny oferty jako mogącej nosić znamiona rażąco niskiej dokonywane jest w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty, wskazanej w art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia wyjaśnienia ceny oferty, tj. "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", jest dokonywana w okolicznościach faktycznych danego, konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów danego rynku. I pomimo, że w art. 90 ust. 1 p.z.p. ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., 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, 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

12. Podsumowując, Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 Pzp - czy oferta złożona przez wykonawcę Komunalnik zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w tej ofercie nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tego wykonawcę. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Komunalnik do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 Pzp.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** wniósł o jego oddalenie, wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

I. Zarzut wprowadzenia w błąd z uwagi na złożone w JEDZ oświadczenie

Zamawiający w zakresie przesłanek wykluczenia żądał złożenia przez wykonawców oświadczenia w zakresie wyłącznie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, nie wymagał natomiast złożenia oświadczenia w zakresie przesłanek fakultatywnych, gdyż takich nie przewidział w Specyfikacji oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu. Konstrukcja treści oświadczenia JEDZ sporządzonego za pomocą narzędzia ESPD — część III, sekcja C (...) jest skonstruowana w taki sposób, że wymienia w jednym miejscu oświadczenia JEDZ trzy naruszenia w następującym zakresie: 1) naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska — art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp; 2) przestępstwo przeciwko środowisku — art. 24 ust. 1 pkt 13-14 Pzp; 3) wykroczenie przeciwko środowisku — art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. Dwa z powyższych dotyczą przesłanek fakultatywnych (art. 24 ust. 5 5-7 Pzp), zaś jedno naruszenie dotyczy przesłanki obligatoryjnej (art. 24 ust. 1 13-14 Pzp). Wykonawca mając obowiązek odniesienia się do przesłanki wykluczenia obowiązany był zaznaczyć : TAK lub NIE, jednak miejsce zaznaczenia mieści się pod wymienionymi powyżej trzema naruszeniami, nie ma więc możliwości odniesienia się odrębnie do wybranych naruszeń. Wobec powyższego, nie doszło do zaniechania wykluczenia Komunalnika, gdyż oświadczenie w zakresie obligatoryjnych zostało złożone na standardowym formularzu JEDZ, zgodnie ze stanem faktycznym i wymaganiem SIWZ. A zatem Zamawiający oceniał złożone oświadczenie tylko pod kątem przesłanki obligatoryjnej (art. 24 ust. 1 pn 13-14 Pzp). Przywołane w odwołaniu decyzje administracyjne mieszczą się w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia, których postawienie w przetargu stanowi uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia nie był uprawniony do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 Pzp. Tym samym Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd - złożył bowiem oświadczenie w wymaganym zakresie oraz zgodnie ze stanem faktycznym.

II. Zarzut braku bazy magazynowo- transportowej

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie posiadania przez wykonawcę jednej bazy magazynowo- transportowej. Treść warunku brzmi: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: będzie dysponował w okresie realizacji zamówienia bazą magazynowo transportową z zapleczem techniczno-biurowym, spełniającą wymagania przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) - Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany posiadać bazę magazynowo — transportową usytuowaną na terenie Gminy Grodków lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy

Gminy Grodków, do którego posiadać będzie tytuł prawny. Odległość 30 km od granicy Gminy Grodków należy mierzyć zgodnie z odległością jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych, pomiędzy bazą magazynowo - transportową a granicą. Wzór Wykazu narzędzi i wyposażenia, w celu wykazania się wyżej opisanymi warunkami załączono do DW — załącznik nr 4. Przystępujący złożył w zakreślonym w wezwaniu terminie, na załączonym przez Zamawiającego formularzu narzędzi i wyposażenia oświadczenie, iż dysponuje bazą magazynowo -transportową na podstawie aktu własności zlokalizowaną w Starym Wiązowie na terenie działki nr 65/14 oraz w Nysie, 48-303 Nysa ul. Morcinka 66e. Zamawiający oceniając ofertę Komunalnika, uznał, że złożone dokumenty nie wzbudzają wątpliwości, są prawidłowo sporządzone wystawione, zatem Zamawiający nie widział podstaw do podjęcia czynności zmierzających do podważenia ich treści. W dniu 3 grudnia 2019 r. do tut Urzędu wpłynęło pismo z kancelarii BBP B. P. Adwokaci i Radcowie Prawni Sp. p, z siedzibą w Katowicach, działającej w imieniu Odwołującego, w sprawie wykreślenia podmiotu PPHU Komunalnik z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z rejestru działalności regulowanej przedsiębiorców odbierających odpady od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa oraz w sprawie dokonywania wszelkich czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do wykonania powyższego. Ponadto w dniu 4 grudnia 2019 r. do tut. Urzędu wpłynęło pocztą pismo Fundacji „EKOPATROL DOLNY ŚLĄSK”. w sprawie działalności Komunalnika. W odpowiedzi na otrzymane Informacje, Zamawiający zwrócił się w dniu 5 grudnia 2019 r. pismem do Przystępującego o ustosunkowanie się do otrzymanego materiału względem prowadzonej działalności. W dniu 9 grudnia 2019 r. Komunalnik przedstawił stanowisko w sprawie, które poparł szerokimi wyjaśnieniami oraz dowodami. W wyniku weryfikacji przedłożonych dokumentów Zamawiający nie znalazł potwierdzenia zarzutów przedstawionych przez Kancelarię, działającą w imieniu Odwołującego oraz „EKOPATROL DOLNY ŚLĄSK”. Ponadto w konsekwencji powyższych pism, Bumistrz Grodkowa jako organ właściwy do stwierdzenie okoliczności spełniania przez podmiot wpisany do prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa rejestru działalności regulowanej, wymogów rozporządzenia w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości („Rozporządzenie”), podjął czynności kontrolne wobec Komunalnika. Burmistrz Grodkowa przeprowadził kontrolę bazy magazynowo-transportowej w Nysie (zwanej dalej „bazą”) w dniu 12 grudnia 2019 r., w wyniku której nie stwierdził nieprawidłowości w funkcjonowaniu bazy. W trakcie kontroli stwierdzono, że baza magazynowo- transportowa w Nysie: 1) jest usytuowana pod adresem: ul. Morcinka 66e, 48-303 Nysa, w odległości ok, 25 km od miasta Grodkowa, spełnia wymóg co do odległości, wynikający z Rozporządzenia; 2) Przystępujący posiada tytuł prawny do bazy, 3) teren bazy jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym, 4) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu gdyż, są one wybetonowane i wyposażone w

wewnętrzny system kanalizacji deszczowej, natomiast ewentualne wycieki usuwane są ze pomocą sorbentów oraz specjalnych rękawów sorpcyjnych do usuwania wycieków substancji chemicznych. Wody opadowe z kolei, są gromadzone za pomocą systemu kratki ściekowych do zbiornika z którego są wypompowywane przez zewnętrzny, uprawniony do świadczenia tego typu usług;

5) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; 6) w zakresie zapewnienia odpowiednich warunków technicznych - wyposażenia w urządzenia lub systemy w zakresie zagospodarowania wód opadowych i ścieków przemysłowych wynikających z ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. — Prawo wodne, Komunalnik wyjaśnił, że: a) przedmiotowy wymóg odnosi się wyłącznie do zapewnienia odpowiednich warunków technicznych, nie formułuje wprost wymogu formalnego, jakim jest pozwolenie wodnoprawne, b) znowelizowana ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne przewiduje różne sposoby zagospodarowania wód opadowych oraz ścieków przemysłowych. Ponadto nowa ustawa Prawo wodne wprowadza do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, nową definicję ścieków, które nie obejmują już wód opadowych i roztopowych, c) ścieki przemysłowe na bazie są wytwarzane wyłącznie w związku z prowadzeniem na obiekcie działalności polegającą na myciu pojazdów czy pojemników. Ponieważ Komunalnik korzysta w tym zakresie z usług firm zewnętrznych, poza terenem bazy, nie jest on zobowiązany posiadać system zapewniający zagospodarowanie ścieków przemysłowych; 7) baza jest wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób oraz w legalizowaną samochodową wagę najazdową, 8) baza jest wyposażona w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, 9) baza jest wyposażona w punkt konserwacji i napraw pojazdów, miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów Komunalnik korzysta również w tym zakresie z usług firm zewnętrznych poza terenem bazy. Wobec takich ustaleń kontroli, Zamawiający nie znajduje podstaw do stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości, tym samym podstaw do wykreślenia Komunalnika z rejestru działalności regulowanej, prowadzonej przez Burmistrza Grodkowa. W ocenie Zamawiającego wpis w dalszym ciągu winien być aktualny i Zamawiający nie widzi podstaw do jego kwestionowania. Zatem wykonawca Komunalnik spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania bazy magazynowo –transportowej. Zamawiający wskazał ponadto, że w odniesieniu do warunku w zakresie posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, Zamawiający w ogłoszeniu oraz w SIWZ nie zawarł żadnego odesłania, iż zezwolenie ma odnosić się do konkretnej bazy. Zamawiający ograniczył się do wskazania, że wykonawcy mają legitymować się aktualnym zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, wydanym przez

właściwy organ. Przystępujący na potwierdzenie warunku przedłożył zezwolenie Starosty Strzelińskiego wydane decyzją z dnia 28.04.2018r. z terminem ważności do dnia 27.04. 2026r. dotyczące bazy w starym Wiązowie. Nie jest kwestionowane, że Przystępujący posiada takie zezwolenie. Jednak Odwołujący zakwestionował niezgodność zbierania odpadów na tej nieruchomości z wydanym zezwoleniem. Odwołujący nie wskazał jednak, aby toczyła się procedura zmierzająca do cofnięcia przystępującemu zezwolenia, jak również nie wskazał aby wystąpił do Starosty Strzelińskiego z takim wnioskiem. Na chwilę obecną zezwolenie wydane przez Starostę Strzelińskiego pozostaje w obrocie prawnym i brak jest podstaw do jego kwestionowania przez Zamawiającego. Zamawiający nie posiada żadnych uprawnień w tym zakresie, podkreślenia wymaga również fakt, iż do chwili żaden z organów kontrolujących bazę w Starym Wiązowie nie uznał nieprawidłowości w zbieraniu odpadów na terenie bazy powinny doprowadzić do jej zamknięcia.

### III. Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia wpisu do rejestru

Wykonawca Komunalnik w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, mających potwierdzać warunki udziału w postępowaniu, złożył w dniu 8 grudnia 2019 r. o godz. 12:12 przedmiotowe dokumenty za platformy ePUAP. Wśród złożonych dokumentów złożone zostało zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Kunice. W tym samym dniu, tj. 8 grudnia 2019 r. o godz.14:46 Komunalnik złożył za pośrednictwem platformy ePUAP pismo, że nastąpiła pomyłka i załączył niewłaściwe zaświadczenie w zakresie działalności w związku z czym dosyła Zamawiającemu właściwe zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Grodkowa. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że wymagane dokumenty zostały złożone prawidłowo, z zachowaniem wyznaczonego terminu, który to termin upływał w dniu 10 grudnia 2019r. Zatem nie zachodziła przesłanka do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

### IV. Zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe, w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec powyższego, obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty poweźmie co do całej ceny lub kosztu oferty, lub ich istotnych części składowych. Niezależnie od art. 90 ust.

1 Pzp ustawodawca, uszczegółowił generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, przez regulacje zawarte w art. 90 ust.1a Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku. W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały 3 oferty, których 70% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 2.498.331,51 zł, natomiast 70% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług wynosi 1.062.434,93 zł. Cena wybranej oferty PHU Komunalnik sp. z o.o. wynosi 3.012.670,80 zł brutto i jest znacznie wyższa od wyliczonych wartości. Ponadto cena oferty Komunalnika jest najbardziej zbliżoną do wyliczonej wartości zamówienia, który to szacunek został dokonany z należytą starannością przy uwzględnieniu sposobu jej wyliczenia zgodnym z art. 32 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu nie się żadna z przesłanek ustawowych obligatoryjnym do oferty Komunalnik w zakresie rażąco niskiej ceny.

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że dochował należytej staranności przy wykonywaniu czynności w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności przeprowadził je z poszanowaniem art. 7 ust.1 Pzp, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpił wykonawca Komunalnik wnosząc także o oddalenie odwołania oraz powołując się (pismo z dnia 23 grudnia 2019 r.) w szczególności na okoliczności podnoszone w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego.

#### **Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:**

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 1b pkt 3 Pzp wskazując, że wykonawca Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Komunalnik): (1) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp; (2) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż wskazane przez niego bazy magazynowo - transportowe zlokalizowane w Starym Wiązowie i Nysie nie spełniają wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów



komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., po. 122), (Rozporządzenie). Podtrzymał także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wskazując na zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia (zdaniem Odwołującego) rażąco niskiej ceny.

Rozpoznając zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodów wyżej wskazanych Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

W tym przypadku Izba (uwzględniając wymagania specyfikacji oraz treść przedłożonej oferty przez wykonawcę Komunalnik i składanych przez tego wykonawcę wyjaśnień) zgodziła się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego, że wnoszący odwołanie pierwszą z podstaw wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) sformułował pomijając okoliczność, istotną na gruncie przedmiotowego postępowania, że Zamawiający zrezygnował ze stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których stanowi art. 24 ust. 5 Pzp, a więc również i z tej którą potencjalnie miał zataić Przystępujący, a mianowicie wymierzenie mu kary administracyjnej za naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska (art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp). Także druga ze wskazanych podstaw dotyczących wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 1b pkt 3 Pzp) nie znajduje podstaw do jej uwzględnienia z uwagi na to, że Przystępujący wskazał bazy magazynowo — transportowe, które wielokrotnie były sprawdzane przez różne organy administracji publicznej w zakresie możliwości wykorzystania tych baz w działalności odbioru odpadów komunalnych i żaden z kontrolujących organów nie zakazał we właściwym trybie wykonawcy Komunalnik z ich korzystania. Tym samym nie ma podstaw do kwestionowania spełniania przez bazy wymienione w ofercie wymagań stawianych przepisami prawa, w tym co do miejsc przeznaczonych do parkowania pojazdów. Izba zwraca uwagę, że w niniejszym postępowaniu wykonawca Przystępujący wskazał dwie bazy, z których jedna została skontrolowana przez Zamawiającego skutkiem zgłaszanych interwencji (przez inne podmioty nie uczestniczące w przetargu) już po wyborze oferty Przystępującego i wynik kontroli nie dawał podstaw do odmiennej (negatywnej) oceny wymaganego warunku.

Także zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rzekomo rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) nie jest zasadny.

Po pierwsze, cena ofertowa (jak wskazał Zamawiający i Przystępujący) jest wyższa (nie niższa) o prawie 30% od szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego, a więc chociażby z tego względu nie mogła budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia. Zamawiający na realizację zamówienia zamierzał

przeznaczyć kwotę 2.374.907,04 zł (szacunkowa wartość: 2.198.988 zł). W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyły 3 podmioty. Cenę najniższą na kwotę 3.012.670,80 zł, zaoferował wykonawca Komunalnik. Druga w kolejności cena to cena z oferty Odwołującego - na kwotę 3.499.889,52 zł. Trzecia to cena 4.194,574,61 zł z oferty Eneris Surowce sp. z o.o. z Kielc odbiegająca istotnie od dwóch wskazanych powyżej, a pomimo to cena oferowana przez Przystępującego jest niższa o niespełna 15% od średniej arytmetycznej tych ofert. Zatem te okoliczności nie uzasadniają twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjnie postępowanie wyjaśniające w trybie określonym w art. 90 Pzp celem ustalenia czy oferta złożona przez Komunalnik zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia nie potwierdziły podnoszonych w odwołaniu zarzutów, także zarzutu nie dochowania należytej staranności przy wykonywaniu czynności w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....