

**WYROK**  
**z dnia 19 maja 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Anna Osiecka**

**Anna Packo**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6 i 14 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **"BYŚ" W. B. i EKO-BYŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zielonka**

przy udziale:

- A. wykonawców **D. S. i G. S.**, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą **P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **M. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Progres M. B.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, zarzutu nr 2 lit. b), zarzutu nr 3 lit. b), zarzutu nr 6 lit. b) oraz w zakresie części zarzutu nr 8 odwołania i nakazuje zamawiającemu Miastu Zielonka:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców D. S. i G. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S.

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

1.2.1. ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawców D. S. i G. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty;

1.2.2. wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców D. S. i G. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych;

1.2.3. wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a także odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ww. ustawy.

2. Zarzut nr 8 w odniesieniu do oferty wykonawców D. S. i G. S., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. – podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – pozostawia bez rozpoznania.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B. i EKO-BYŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w części 1/2 oraz zamawiającego: **Miasto Zielonka** w części 1/2 i:

4.1. 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 oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

4.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Zielonka** na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B. i EKO-BYŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy)**.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zielonka - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych w gospodarstwach domowych na nieruchomościach zamieszkałych w granicach administracyjnych Miasta Zielonka*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, z późn. zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-636751.

W dniu 11 marca 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B. oraz EKO-BYŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej łącznie: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec:

- 1) zaniechania udostępnienia odwołującemu pisma wykonawcy P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. (zwanego dalej: „Imperf”) z dnia 8 lutego 2021 r. zawierającego wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, podczas gdy wykonawca Imperf nie wykazał, że informacje zawarte w w/w piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) czynności wyboru oferty wykonawcy Imperf jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której Imperf powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;
- 3) zaniechania wykluczenia wykonawcy M. B. prowadzącego działalność pod nazwą PROGRES – M. B. (zwanego dalej: „Progres”), w sytuacji, w której Progres powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą;
- 4) niezasadnego przyznania wykonawcom Imperf i Progres maksymalnej ilości punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu pisma wykonawcy Imperf z dnia 8 lutego 2021 r. zawierającego wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Imperf, w sytuacji, w której wykonawca Imperf nie wykazał,

że informacje zawarte w w/w piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Imperf jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca Imperf w wyniku co najmniej niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że:

a) dysponuje on potencjałem technologicznym (pojazdami) koniecznym do realizacji zamówienia, a przez to - że spełnia warunki udziału w postępowaniu i może uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium „Norma emisji spalin”;

b) wykonawca będzie przekazywał odpady do instalacji wskazanych w ofercie, podczas gdy oświadczenie to - z uwagi, na fakt, że wykonawca nie dysponuje instalacją umożliwiającą doczyszczanie i rozsortowanie odpadów, a instalacje wskazane w ofercie wykonawcy nie przyjmą odpadów odebranych w ramach realizacji zamówienia - nie jest prawdziwe, co stanowi także o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem oferta wykonawcy pozostaje niezgodna z zapisami SIWZ, w zakresie w jakim nie zawiera informacji o wszystkich instalacjach, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady;

3) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Progres, w sytuacji, w której wykonawca w wyniku co najmniej niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że:

a) dysponuje on potencjałem technologicznym (pojazdami) koniecznym do realizacji zamówienia, a przez to - że spełnia warunki udziału w postępowaniu i może uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium „Norma emisji spalin”;

b) wykonawca będzie przekazywał odpady do instalacji wskazanych w ofercie, podczas gdy oświadczenie to - z uwagi, na fakt, że wykonawca nie dysponuje instalacją umożliwiającą doczyszczanie i rozsortowanie odpadów, a instalacje wskazane w ofercie wykonawcy nie przyjmą odpadów odebranych w ramach realizacji zamówienia - nie jest prawdziwe, co stanowi także o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem oferta wykonawcy pozostaje niezgodna z zapisami SIWZ, w zakresie w jakim nie zawiera informacji o wszystkich instalacjach, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady;

4) art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Imperf oraz wykonawcy Progres, w sytuacji, w której złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Imperf jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca Imperf nie spełnia warunków

udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i przez to podlega wykluczeniu – co stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

6) art. 22a ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że zdolność techniczna udostępniona wykonawcom Imperf oraz Progres przez podmioty trzecie pozwala na przyjęcie, że Imperf oraz Progres spełniają warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy:

a) z zobowiązania Miejskiego Zakładu Oczyszczania z siedzibą w Wołominie (dalej: „MZO”) wynika, że MZO odda wykonawcy Imperf do dyspozycji pojazd, który wykorzystywany jest w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co świadczy o fikcyjności udzielonego zobowiązania i niespełnianiu przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a także stanowi również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

b) z zobowiązania Mercedes Martruck Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. (dalej: „Martruck”) wynika, że Martruck odda wykonawcy Progres do dyspozycji pojazd na potrzeby zamówienia pn. „Usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Ząbki”, co daje podstawy sądzić, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest fikcyjne;

7) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcom Imperf oraz Progres maksymalnej punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert, podczas gdy oferty wykonawców nie pozwalają przyjąć, że wykonawcy będą dysponowali na potrzeby realizacji zamówienia pojazdami wskazanymi w ofercie, jak również, że pojazdy te spełniają wymagania zamawiającego, a brak możliwości dysponowania wymaganymi pojazdami świadczy równocześnie o braku możliwości spełnienia deklaracji co do czasu reakcji na reklamację i czasu na podstawienie pojazdu zastępczego na wypadek awarii;

8) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Imperf oraz oferty wykonawcy Progres, pomimo że oferty zawierają rażąco niską cenę, a wykonawcy nie złożyli wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na przyjęcie, że w ich ofertach nie występuje cena rażąco niska, a tym samym nie udźwignęli ciężącego na nich w tym zakresie ciężaru dowodowego.

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

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Imperf jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) udostępnienie odwołującemu pisma z dnia 8 lutego 2021 r. (wraz z załącznikami) zawierającego wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Imperf,
- 3) wykluczenie wykonawcy Imperf oraz odrzucenie jego oferty;
- 4) wykluczenie wykonawcy Progres oraz odrzucenie jego oferty;
- 5) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz ewentualnie,

6) przyznanie wykonawcom Imperf i Progres mniejszej ilości punktów w kryteriach oceny ofert innych niż cena zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania).

Zdaniem odwołującego, wykonawca Imperf nie wykazał, że zastrzeżone informacje (wyjaśnienia ceny oferty z 8 lutego 2021 roku) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, że samo zastrzeżenie jest skuteczne. Odwołujący podnosił, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie odwołującego, informacje przekazane w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej nie posiadają wartości gospodarczej. A z całą pewnością informacje nie mają charakteru technicznego, technologicznego lub handlowego, gdyż przedmiotem postępowania jest świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Odwołujący stwierdził, że trudno jest spodziewać się, aby wykonawca Imperf miałby wykonać zamówienie w sposób, który z jednej strony radykalnie pozwoli mu na obniżenie kosztów świadczenia usług, a z drugiej strony informacja o tym miałaby mieć walor techniczny, technologiczny lub handlowy. Dodał też, że nie sposób przypisać tym informacjom wartości gospodarczej, zwłaszcza z uwagi na ich ogólnikowość.

Odnosząc się do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie Imperf z 8 lutego 2021 r. odwołujący podnosił, że wykonawca w zasadzie nie wyjaśnia, w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji. Poza lakonicznym stwierdzeniem, że informacje stanowią wartość gospodarczą i nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, wykonawca w zasadzie nie wyjaśnia głębiej dokonanego przez siebie zastrzeżenia. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przygotowane przez Imperf jest niemal sztampowe, nie posiada żadnych konkretów i nie jest poparte żadnymi dowodami. Zdaniem odwołującego, ma on także uzasadnione podstawy, aby sądzić, że wiele z tych informacji jest łatwych do uzyskania. Ponadto, wykonawca nie wykazał, że informacje nie zostały podane do publicznej wiadomości, a tym bardziej, że podjął w

stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Jednocześnie odwołujący odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w kwestii rozumienia pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3483/20 i wyrok z dnia 10 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1260/18). Odwołujący podkreślił, że Imperf całkowicie zaniechał wykazania, iż podejmuje jakiegokolwiek czynności w celu dochowania w tajemnicy zastrzeżonych przez siebie informacji - nie dołączył do uzasadnienia żadnych dowodów i ograniczył się jedynie do oświadczenia, że *„osoby będące w posiadaniu tych materiałów z naszej strony i podmiotów współpracujących zostały zobowiązane do zachowania poufności, a informacje te nie są udostępniane osobom nieupoważnionym, w tym naszym pracownikom nieuczestniczącym w procesie przygotowania oferty.”*. W ocenie odwołującego nie może to zostać uznane za skuteczne wykazanie słuszności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zamawiający błędnie ocenił, że wykonawca Imperf dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniechanie udostępnienia powyższej dokumentacji czyni zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zasadnym.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2 lit. a), 3 lit. a) i 4 odwołania).

Na wstępie odwołujący przedstawił istotne wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym m.in. wskazał na warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania 7 pojazdami (3 - przystosowane do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych; 3 - przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych; 1 - do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej). Odwołujący zwrócił również uwagę, że zamawiający wymagał, aby konstrukcja pojazdów zabezpieczała przed rozwiewaniem i rozpylaniem przewożonych odpadów, a także, aby pojazdy były wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego oraz spełniały wymagania standardów emisji spalin minimum norma Euro 5.

Ponadto, odwołujący podkreślił, że z tymi wymogami związane są ustanowione w postępowaniu pozacenowe kryteria oceny ofert, tj.:

- czas reakcji na realizację reklamacji dot. odbioru odpadów komunalnych (maks. 48h) - waga 16%;
- czas na podstawienie pojazdu zamiennego w razie awarii (maks. 48h) - waga 10%;



- norma emisji spalin – waga 14%.

Odwołujący zauważył, że obaj wykonawcy zaoferowali czasy reakcji po 2h i spełnianie normy EURO 6 w zakresie emisji spalin, co pozwoliło uzyskać im maksymalną liczbę punktów.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na wymagania zamawiającego w zakresie zasad realizacji zamówienia, wynikających z postanowień wzoru umowy.

Zdaniem odwołującego, wszystkie te okoliczności wskazują, że zamawiający oczekuje zaoferowania usług o wysokiej jakości. Przede wszystkim wymaga, aby wykonawcy skierowani do realizacji zamówienia realnie dysponowali wymaganym od nich potencjałem technicznym (7 pojazdów spełniających co najmniej normę spalin EURO 5, przy czym Imperf oraz Progres zaoferowali pojazdy spełniające normę EURO 6). Konieczność realnego dysponowania odpowiednimi pojazdami wynika także z faktu, że wykonawca będzie zobowiązany do bardzo szybkiej reakcji na zgłoszenie reklamacji (2 godziny od czasu zgłoszenia) oraz do równie szybkiego podstawienia pojazdu zamiennego, w razie wystąpienia awarii (również 2 godziny, licząc od czasu awarii).

Podkreślił, że obaj wykonawcy – Imperf i Progres, przedstawili w swoich ofertach najwyższe parametry świadczonych przez siebie usług (najkrótszy czas reakcji oraz najwyższą normę spalin), co sprawiło, że - niezasadnie - uzyskali największą liczbę punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert i zdobyli wyższe miejsca w rankingu ofert, a odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Następnie, odwołujący podniósł, że Imperf i Progres podali w swoich ofertach nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania pojazdami służącymi do realizacji zamówienia (w konsekwencji doprowadzając do uznania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nieprawidłowej oceny w kryterium oceny ofert oraz czynu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący wskazał, że wykonawca Imperf podał w ofercie numery rejestracyjne pojazdów (7), którymi będzie dysponował, przy czym dwie pozycje wskazane w ofercie (pojazdy o numerach rejestracyjnych RZ GE1413 oraz RZ GE1414) to pojazdy zarejestrowane za granicą (a na pewno nie zarejestrowane w Polsce), gdyż numery te nie są polskimi numerami rejestracyjnymi, przy czym powołał się na § 31 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 11 grudnia 2017 r. w sprawie rejestracji i oznaczania pojazdów oraz wymagań dla tablic rejestracyjnych, w zakresie dopuszczalnej kombinacji liter i cyfr. Ponadto, odwołujący wskazał, że zweryfikował, iż ww. numery rejestracyjne nie występują w bazie danych Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego, co potwierdza, iż pojazdy te nie są zarejestrowane w Polsce. Odwołujący zauważył, że

wykonawca Imperf w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył wykaz narzędzi, w którym podał, iż pojazdy o numerach rejestracyjnych RZ GE1413 oraz RZ GE1414 stanowią jego wykonawcy. Zdaniem odwołującego, powyższe oświadczenie budzi wątpliwości co do jego prawdziwości, bowiem gdyby tak było to pojazdy posiadałyby polskie numery rejestracyjne. Odwołujący zwrócił uwagę na przepis art. 71 ust. 7 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, zgodnie z którym właściciel pojazdu jest obowiązany zarejestrować pojazd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w terminie 30 dni od dnia jego sprowadzenia. Podkreślił też, że jeśli prawdą jest oświadczenie wykonawcy co do prawa własności pojazdów, to oznacza, że nie może użytkować tych pojazdów z uwagi na brak rejestracji na terytorium Polski, a w efekcie - niedopuszczenie pojazdów do ruchu. Wynika to z art. 71 ust. 1 ustawy prawo o ruchu drogowym, który mówi, że dokumentem stwierdzającym dopuszczenie do ruchu samochodowego (...) jest dowód rejestracyjny albo pozwolenie czasowe. Odwołujący stwierdził też, iż w przypadku tego zamówienia, konieczność ciągłej i niezakłóconej eksploatacji pojazdów powołanych w ofercie wynika z potrzeb zamawiającego.

Następnie, odwołujący zauważył, że podobna sytuacja jest w przypadku oferty wykonawcy Progres. Wykonawca Progres zaoferował bowiem trzy pojazdy o obcych numerach rejestracyjnych: 40-BFV-8, 78-BH-J9 oraz 69-BDX-7. Odwołujący podał, że z informacji przez niego uzyskanych wynika, że te pojazdy pochodzą z Holandii. Natomiast, numery rejestracyjne pozostałych pojazdów nie widnieją w bazie danych UFG, co prawdopodobnie oznacza, że samochody te nie są zarejestrowane w Polsce i nie są dopuszczone do ruchu drogowego. Także pojazdy z obcymi rejestracjami wskazane w ofercie Progres nie widnieją w Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym. Odwołujący wskazał, że pojazdy te mają być wynajęte wykonawcy na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego, ale nie można przyjąć, że wykonawca będzie realnie dysponował zasobem udostępnianym, jeśli podmiot udostępniający nie jest właścicielem udostępnianego zasobu, a sam pojazd nie jest dopuszczony do ruchu w Polsce.

Odwołujący podkreślił, że powyższe okoliczności oznaczają, że wykonawca Imperf oraz Progres albo nie dysponuje w rzeczywistości pojazdem zadeklarowanym w formularzu ofertowym (nie ma tytułu prawnego pozwalającego na korzystanie z pojazdu lub tytułu takiego nie ma podmiot udostępniający pojazd), albo nie może korzystać z niego z uwagi na niedopuszczenie pojazdów do ruchu. W związku z powyższym wykonawcy niezasadnie otrzymali również dodatkowe punkty za zaoferowanie wyższej „Normy emisji spalin” oraz najkrótszego z możliwych terminów w kryterium „czas reakcji na reklamację” oraz „czas na podstawienie pojazdu zamiennego”.

Zdaniem odwołującego, powyższe okoliczności wskazują także na to, że ww. wykonawcy podali w swoich ofertach nieprawdziwe oświadczenia co do realizacji zamówienia, ponieważ oświadczyli, że będą realizować zamówienie z wykorzystaniem pojazdów, które nie są nawet dopuszczone do ruchu drogowego w Polsce. Informacje te stanowiły jednocześnie podstawę do błędnego uznania przez zamawiającego, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i spełniają warunki by uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert, podczas gdy wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie mogli za wskazane przez siebie pojazdy uzyskać dodatkowych punktów. To z kolei oznacza, że zaktualizowała się przesłanka wykluczenia wykonawców opisana w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Powyższy błąd doprowadził do tego, że oferty Imperf i Progres zostały ocenione przez zamawiającego i niesłusznie sklasyfikowane na pierwszym i drugim miejscu w rankingu ofert. Odwołujący dodał, że nawet jeśli nie można przypisać wykonawcom działania w sposób celowy, co najmniej można mówić o niedochowaniu przez nich wymogów należytej staranności, a więc o działaniu w sposób niedbały i lekkomyślny, co z kolei daje podstawę do wykluczenia ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Tym samym, zamawiający, pomijając kwestie związane z badaniem ofert wykonawców w przedstawionym powyżej kontekście (realności dysponowania przez wykonawców zadeklarowanych pojazdów) dopuścił się więc naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że przedstawione powyżej okoliczności stanowią o tym, że wykonawcy Imperf oraz Progres, poprzez złożenie ofert o opisanej powyżej treści, dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie odwołującego, działania wykonawców Imperf oraz Progres zawierają element nieuczciwości stanowiący o tym, że jest ono sprzeczne z dobrymi obyczajami, a mianowicie wykonawcy ci oferują świadczenie usługi odbioru odpadów za pomocą pojazdów, do których nie mają realnego dostępu (pojazdy te nie będą użytkowane na etapie realizacji umowy - choćby dlatego, że nie są one dopuszczone do poruszania się

po drogach publicznych w Polsce). Odwołujący zauważył, że nieprawdziwe deklaracje wykonawców pozwoliły jednocześnie na uzyskanie przez nich maksymalnej liczby punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert, które łącznie posiadają wagę 40%. Jednocześnie narusza to interes odwołującego, którego oferta na skutek opisanych działań, znalazła się dopiero na trzecim miejscu w rankingu ofert. Gdyby w złożonych ofertach podali informacje prawdziwe, wówczas odwołujący znalazłby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Okoliczności te, zdaniem odwołującego, świadczą o spełnieniu przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 5 odwołania).

Odwołujący wskazał, że z wymogu zamawiającego dotyczącego dysponowania przez wykonawców pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów, tj.:

a) trzema pojazdami przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,

b) trzema pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów,

c) jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,

a w szczególności z wyraźnego zaznaczenia w odniesieniu do jednego z pojazdów, że ma nie posiadać funkcji kompaktującej wynika, że pozostałe oferowane przez wykonawców pojazdy (a contrario) taką funkcję posiadać muszą. Odwołujący wskazał, że opis warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie powieliła w zasadzie wymagania, jakie wynikają z § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w którym także wskazano, że tylko jeden z minimalnej liczby pojazdów wymaganych do świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być pojazdem bez funkcji kompaktującej. Dodatkowo odwołujący wskazał, że zgodnie z OPZ odpady selektywnie zbierane będą gromadzone przez właścicieli nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej w pojemnikach 1100 l typu bóbr, w zabudowie jednorodzinnej w workach.

Odwołujący zauważył, iż z wykazu narzędzi złożonego przez wykonawcę Imperf wynika, że samochody o numerach rejestracyjnych: WWL 2244M i WWL 2255M to odpowiednio pojazdy marki IVECO BD i IVECO Daily 5,2T, które nie są samochodami z funkcją kompaktującą przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, co oznacza, że Imperf nie wykazał w tym zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, pojazdy te mogły być wskazane co najwyżej w odniesieniu do trzeciej kategorii wymaganych pojazdów - pojazd bez funkcji

kompaktującej, ale za wskazanie dodatkowych pojazdów w tej kategorii zamawiający punktów w kryterium nie przewidywał. Odwołujący stwierdził też, iż zaoferowanie przez Imperf pojazdów bez funkcji kompaktującej oznacza niezgodność oferty z SIWZ, ponieważ Imperf oferuje pojazdy niespełniające oczekiwań zamawiającego. Dalej, odwołujący zaznaczył, że pojazdy wskazane przez Imperf do odbioru odpadów selektywnie zbieranych nie mogą zostać wykorzystane do odbioru z nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej pojemników 1100 l typu bóbr, a pojemniki te stanowią istotną część wszystkich pojemników, które mają być opróżniane przez wykonawcę. Wyjaśnił, że na samochody typu IVECO BD i IVECO Daily 5,2T można zapakować ręcznie (na skrzynię) odpady zgromadzone w workach, nie ma jednak technicznej możliwości rozładowania na taki pojazd, w miejscu odbioru odpadów, odpadów zgromadzonych w pojemniku 1100 l typu bóbr, gdyż pojemniki takie ze względu na rozmiar i wagę są rozładowywane przy wykorzystaniu automatycznych systemów wyładowniczych. Jednocześnie odwołujący powoływał się na przepisy bezpieczeństwa i higieny pracy, wskazując na brak możliwości ręcznego rozładowywania odpadów zgromadzonych w pojemnikach 1100 l.

Powyższe okoliczności świadczą, zdaniem odwołującego, o tym, że wykonawca Imperf nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania pojazdami z funkcją kompaktującą do odbioru odpadów zbieranych selektywnie. Podkreślił też, że nawet jeśli miałyby w takim przypadku zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wymiana pojazdów wskazanych w ofercie skutkowałaby brakiem możliwości przyznania punktów w kryterium IV oceny ofert, a zatem ilość punktów przyznana temu wykonawcy winna więc być zmniejszona, co spowoduje jego spadek na dalsze miejsce listy rankingowej. Według odwołującego, brak pojazdów z funkcją kompaktującą do odbioru odpadów selektywnie zebranych w wymaganej ilości 3, stawia pod znakiem zapytania możliwość przyznania wykonawcy Imperf punktów w dwóch pozostałych kryteriach oceny ofert, tj. za czas reakcji na reklamację i czas na podstawienie pojazdu zamiennego. A zatem, także w pozostałych pozacenowych kryteriach oceny ofert wykonawca ten nie powinien otrzymać punktów.

Odwołujący podkreślił, iż powyższe uchybienia doprowadziły do sytuacji, w której wykonawca Imperf, pomimo zaoferowania pojazdów niespełniających warunków udziału w postępowaniu (gdzie zamawiający nie powinien nawet poddawać pojazdów wykonawców ocenie), uzyskał nienależnie najwyższą liczbę punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert (w czasie reakcji na realizację reklamacji, czasie na podstawienie pojazdu zamiennego oraz normie emisji spalin).

Na marginesie odwołujący dodał, że przyjęte przez wykonawcę Imperf założenie odnośnie wykorzystania do odbioru odpadów zbieranych selektywnie pojazdów IVECO BD

i IVECO Daily 5,2T istotnie podraża koszty wykonania zamówienia, albowiem pojazdy te mają zdecydowanie mniejszą ładowność niż dostępne na rynku pojazdy (śmieciarki) dedykowane do odbioru tego typu odpadów, wyposażone dodatkowo w funkcję kompaktującą, co oznacza, że koszt jednostkowy odbioru odpadów zdecydowanie wzrasta.

IV. Zarzut naruszenia art. 22a ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (zarzut nr 6 odwołania).

W ramach powyższego zarzutu odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że obaj wykonawcy Imperf oraz Progres, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej powołali się na zasoby podmiotów trzecich w sposób nieskuteczny.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Imperf wskazał, że wykonawca ten powołał się na zasoby MZO w Wołominie, które zobowiązało się udostępnić mu pojazd marki MAN o nr rejestracyjnym WZ189CE. Odwołujący podał, że według jego wiedzy, ww. pojazd jest wykorzystywany aktualnie przez MZO do realizacji zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów na rzecz Gminy Wołomin. Zdaniem odwołującego, już tylko ta okoliczność, świadczy o tym, że dysponowanie potencjałem przez wykonawcę Imperf jest iluzoryczne, nierzeczywiste i nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z umową dotyczącą odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Gminy Wołomin, MZO nie może łączyć trasy pojazdu odbierającego odpady komunalne z terenu Gminy Wołomin z trasami odbioru odpadów komunalnych w innych gminach. Ponadto, zamawiający postawił wymóg, że pojazdy wykonawcy w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych nie mogą jednocześnie odbierać odpadów komunalnych z innych miejscowości.

W ocenie odwołującego, zestawienie wymagań Gminy Wołomin i zamawiającego, świadczy o tym, że w praktyce pojazd wykorzystywany przez MZO do odbioru odpadów na terenie Gminy Wołomin nie będzie w stanie obsłużyć odbioru odpadów na terenie Miasta Zielonka, co czyni zobowiązanie MZO do udostępnienia zasobów fikcją. Ponadto, zaoferowanie pojazdu, który nie będzie w stanie dotrzymać zakazu odbioru odpadów komunalnych z innych miejscowości, przesądza o niezgodności z SIWZ.

Z kolei odnosząc się do oferty wykonawcy Progres odwołujący wskazywał, że wykonawca ten powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Martruck, który zobowiązał się do udostępnienia 7 pojazdów na potrzeby „*usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkanymi na terenie Miasta Ząbki*”, a tymczasem zamówienie jest realizowane przez Miasto Zielonka. Jednocześnie zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej okoliczności.

Odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy należy uznać, że zobowiązanie to jest nierzeczywiste i nie pozwala na przyjęcie, że wykonawca Progres spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, odwołujący wskazał, iż z uwagi na postawienie zarzutów, których uwzględnienie skutkowałoby odrzuceniem oferty, nie wnosi o wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak w sytuacji, gdyby zarzuty skutkujące odrzuceniem oferty wykonawców nie zostały uwzględnione, żądanie takie zaktualizuje się.

V. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 7 odwołania).

Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez niego wady ofert wykonawców Imperf oraz Progres w zakresie zaoferowanych pojazdów (a mianowicie: nierzeczywistość udostępnienia zaoferowanych pojazdów, niezgodność ze specyfikacją, brak możliwości realnego wykorzystania pojazdów do realizacji zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego) powodują, że zamawiający błędnie przyznał wykonawcom maksymalną liczbę punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Imperf oraz Progres otrzymali łącznie w tym zakresie po 40 punktów, co sprawiło, że ich oferty zostały sklasyfikowane wyżej niż oferta odwołującego. Gdyby zaś zamawiający poprawnie zbadał oferty wykonawców, to żaden z nich nie uzyskałby maksymalnej liczby punktów, a oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

VI. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (ewentualny w zakresie w jakim odnosi się do oferty wykonawcy Imperf, zarzut nr 8 odwołania).

W pierwszej kolejności odwołujący wskazywał, że zarzut ten powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez odwołującego dostępu do całości pisma z dnia 8 lutego 2021 r. wykonawcy Imperf, objętego zarzutem nr 1 (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa). W związku z powyższym, przedmiotowy zarzut (w części, w jakiej odnosi się do oferty wykonawcy Imperf), jak wyjaśnił odwołujący, podnoszony jest z ostrożności procesowej. Zdaniem odwołującego, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w treści wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej.

W konsekwencji odwołujący wnosił o nierozpatrywanie niniejszego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia - w części w jakiej zarzut odnosi się do oferty wykonawcy Imperf, w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut nr 1.

Na potwierdzenie swojego stanowiska w tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2018 roku, sygn. akt: KIO 2368/18 oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2017 roku, sygn. akt: KIO 1713/17.

Podkreślił, że nie jest w stanie podjąć pełnej polemiki z treścią wyjaśnień ceny oferty wykonawcy Imperf wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tych dokumentów. Dopiero po udostępnieniu treści wyjaśnień odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Odwołujący podkreślił też, że żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. W przypadku nieuwjawnienia danego dokumentu, formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniechanie podnoszenia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa - skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

W tym miejscu Izba wskazuje, że, z uwagi na uwzględnienie zarzutu nr 1 odwołania, a w konsekwencji – pozostawienie bez rozpoznania zarzutu nr 8 w części dotyczącej oferty wykonawcy Imperf – zgodnie z żądaniem odwołującego, odstępuje od przytoczenia okoliczności i argumentacji podnoszonych w odwołaniu na potwierdzenie zarzutu nr 8 w stosunku do oferty wykonawcy Imperf.

Co do uzasadnienia zarzutu nr 8 w odniesieniu do oferty wykonawcy Progres, bądź wspólnie w odniesieniu do ofert obu wykonawców (Imperf i Progres), odwołujący wskazywał, co następuje.

W ocenie odwołującego oferty obu wykonawców zawierają ceny rażąco niskie. Dodatkowo, pismo wykonawcy Progres z dnia 8 lutego 2021 r. w przedmiocie wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie pozwala na przyjęcie, że wykonawca ten nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Odwołujący podkreślił, że ceny zaoferowane przez ww. wykonawców w znacznej mierze odbiegały od cen pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Oni też jako jedyni zaoferowali ceny oscylujące poniżej granicy 3.000.000 zł. Zdaniem odwołującego, zaoferowanie ceny na poziomie przyjętym przez tych wykonawców nie pozwala na pokrycie wszelkich kosztów materiałowych, osobowych oraz innych wynikających ze świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Cena nie pozwala także na osiągnięcie przez wykonawców zysku. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że na koszty wykonania nabywanej przez zamawiającego usługi składa się szereg różnych kosztów cząstkowych, m.in.:



- 1) koszty odbioru odpadów komunalnych, m. in. zapewnienia bazy magazynowo - transportowej, koszty pojazdów specjalistycznych, pracowników obsługujących poszczególne samochody i administrujących umową,
- 2) koszty ubezpieczenia,
- 3) koszty zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym koszty te są różne dla różnych rodzajów (frakcji) odpadów komunalnych,
- 4) koszty „dostawy” pojemników i worków na odpady,
- 5) koszty świadczenia usług dodatkowych, w tym zapewnienia funkcjonowania systemu GPS,
- 6) koszty ogólne.

Odnosząc się bezpośrednio do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Progres oraz do wyjaśnień przez niego złożonych odwołujący wskazywał, że wykonawca ten nie posiada własnych instalacji do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, jak również nie ma możliwości samodzielnego rozsortowania i doczyszczania odpadów, ponieważ nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Pomimo to, wykonawca Progres wskazuje, że jest w stanie wygenerować zysk z tytułu sprzedaży szkła oraz papieru. Tego typu stwierdzenia, w opinii odwołującego, są nieprawdziwe i niewiarygodne, albowiem wykonawca Progres nie ma możliwości samodzielnego rozsortowania i doczyszczania odpadów, a instalacje przez niego wskazane w ofercie nie przyjmują odpadów nieprzesortowanych.

Dalej odwołujący podniósł, iż dokonał analizy kalkulacji wykonawcy Progres, z której to wynika, że Progres nie jest w stanie pokryć kosztów realizacji zamówienia. Według odwołującego wniosek ten można wysnuć już na podstawie samych twierdzeń wykonawcy wskazanych w przedstawionej przez niego kalkulacji, gdyż Progres wskazał w odniesieniu do niektórych kosztów wydatki wyłącznie za okres jednego kwartału (3 pozycje). Zauważył, że przemnożenie tych wydatków przez okres trwania kontraktu z zamawiającym (10 miesięcy) pokazuje, że Progres odniesie stratę w kwocie 59.969.93 zł. Odwołujący powyższe zobrazował w tabeli przedstawionej w odwołaniu, zawierającej koszty wykonawcy Progres w oparciu o dane z kalkulacji sporządzonej przez wykonawcę Progres.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę na lakoniczność wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Progres. W ocenie odwołującego nie pozwalają one na przyjęcie, że wykonawca poprawnie wyjaśnił elementy ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienia te są ogólnikowe i polegają głównie na zapewnieniu, że Progres jest w stanie wykonać zamówienie po zaoferowanej cenie, a także wskazują na pewne okoliczności, które pozwalają - w ocenie wykonawcy - na obniżenie ceny ofertowej (zawarcie umowy instalacjami przetwarzania odpadów, posiadanie zbiornika na paliwo na terenie bazy

transportowej). Do wyjaśnień wykonawca Progres dołączył kalkulację cenową, ale nie poparł jej żadnymi dowodami, dlatego też zdaniem odwołującego, wyliczenia wykonawcy w tym zakresie są gołosłowne.

Odwołujący ponadto stwierdził, że kalkulacja przedstawiona przez Progres budzi wyłącznie wątpliwości, ponieważ:

1) wykonawca nie podał, jaką liczbę pracowników planuje skierować do realizacji zamówienia i jak przedstawiają się koszty osobowe w rozbiciu na poszczególnych pracowników, w związku z czym zamawiający nie ma możliwości weryfikacji tych kosztów. Ogólny koszt zatrudnienia kierowców i pracowników fizycznych niezbędnych do realizacji zamówienia na cały 10 miesięczny okres realizacji zamówienia wykonawca oszacował na 135.000 zł. Odwołujący zwrócił uwagę, że przy realizacji zamówienia 7 pojazdami, gdzie standardowa obsługa to kierowca i ładowacz (łącznie 14 pracowników), koszt zatrudnienia jednej osoby wynosi 964,28 zł/miesiąc (13.500 zł : 14), co nie pozwala na pokrycie kosztów zatrudnienia pracownika na pełen etat;

2) wykonawca ujął w kalkulacji cenowej koszty abonamentu za rejestratory GPS wyłącznie za trzy miesiące, a tymczasem okres trwania umowy to 10 miesięcy - w związku z tym powstaje pytanie gdzie wykonawca ujął koszty funkcjonowania systemu monitorowania GPS przez pozostałe 7 miesięcy;

3) wykonawca nie przedstawił w swojej kalkulacji kosztów związanych z myciem i utrzymaniem w odpowiednim stanie technicznym i sanitarnym pojemników, pomimo, że zamawiający w piśmie z dnia 3 lutego 2021 r. wzywał do przedstawienia tej okoliczności;

4) wykonawca w swojej kalkulacji ujął wyłącznie koszty amortyzacji pojazdów - koszt 20.000zł kwartalnie, czyli w przeliczeniu na miesiąc ok. 6.666,66 zł. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Progres załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynika, że podmiot ten będzie na potrzeby realizacji zamówienia wynajmował wykonawcy 7 pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę emisji spalin EURO VI. Odwołujący podał, że dzieląc kwotę 6.666,66 zł przez liczbę pojazdów (7) otrzymujemy wartość 952,38 zł na pojazd, przy czym możliwość wynajęcia specjalistycznego pojazdu ciężarowego za tą kwotę budzi uzasadnione wątpliwości, skoro na rynku koszt miesięcznego wynajmu/leasingu jednego specjalistycznego pojazdu waha się od 8.000 do 10.000 zł. Dodał też, że z reguły wynajmujący ponosi koszty ubezpieczeń, napraw pojazdów, wymiany płynów i innych części zużywalnych, które nie są ujęte w kalkulacji wykonawcy;

5) z wyjaśnień Progres wynika, że generuje on zyski ze sprzedaży odpadów szkło i papier, tworzywa sztuczne są ujmowane w zysku co znaczy, że jest to koszt wykonawcy. Odwołujący powołał się na szacunek zamawiającego co do ilości odpadów komunalnych

przewidzianych do odbioru i zagospodarowania zmieszanych (2 620 Mg) i zebranych selektywnie (1 260 Mg), przy czym zauważył, że zazwyczaj co najmniej 1/3 odpadów zbieranych selektywnie to tworzywa sztuczne, których zagospodarowanie wiąże się z kosztem po stronie wykonawcy. Tym samym, podana w kalkulacji wartość: 1.881.360 zł ma pokryć koszt zagospodarowania co najmniej 3 040 Mg odpadów (2 620 Mg zmieszanych odpadów komunalnych i 1 260 Mg : 3 = 420 Mg tworzyw sztucznych). Średnio oznacza to koszt rzędu 618,86 zł w przeliczeniu na 1 Mg zagospodarowywanych odpadów. W opinii odwołującego wartość ta wydaje się nieprawdopodobna. Odwołujący podniósł, że z oferty wykonawcy Progres wynika, że zamierza on zagospodarowywać zmieszane odpady komunalne w instalacji należącej do Chemeko - System Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., która to składając oferty na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy ofertuje zagospodarowanie odpadów w cenie 550-710 zł/Mg. Jednocześnie do tej ceny należałoby doliczyć koszt transportu odpadów do wskazanej instalacji, przy czym odległość pomiędzy instalacją a stacją przeładunkową Progres wynosi ok. 433 km. Jak podał odwołujący cena rynkowa transportu odpadów to ok. 100 zł/Mg;

6) następnie odwołujący podał, że niewiarygodne są także kalkulacje przedstawione przez wykonawcę Progres w zakresie kosztów zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie. Wskazał, że z części opisowej wyjaśnień wynika, że wykonawca zamierza z zyskiem odsprzedawać odpady szkła i papieru (przychód 66.000 zł). Odwołujący zwrócił też uwagę na kolejną pozycję kalkulacji - koszty poniesione z segregacją odpadów przed oddaniem w wysokości 5 000. Odwołujący podał, że wykonawca Progres w swojej ofercie zadeklarował, że odpady szkła zamierza przekazywać do K. Recykling S.A. Olsztyn, natomiast odpady typu papier do Stora Enso Recycling Sp. z o.o., które to instalacje nie przyjmują do przetworzenia odpadów bezpośrednio odebranych od właścicieli nieruchomości. Oba podmioty płacą za przyjmowane surowce tylko wtedy, gdy surowce te spełniają ustalone przez nich, bardzo wysokie normy jakościowe i aby osiągnąć te normy konieczne jest wstępne przesortowanie odpadów zebranych selektywnie i odebranych od właścicieli nieruchomości (dodatkowa segregacja). W wyniku tego procesu ze strumienia odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości wydzielane są surowce, które spełniają wymagania ww. firm. Pozostałe odpady, stanowiące w istocie zanieczyszczenia surowców, muszą zostać przekazane do przetworzenia innym podmiotom, co wiąże się z kosztami, a nie przychodem. Wartość 5 000 zł, w ocenie odwołującego, jest niewystarczająca by pokryć koszt sortowania odpadów selektywnych w ilościach wskazanych w SIWZ.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że okoliczności wskazane przez niego, nie pozwalają na przyjęcie, że oferta wykonawcy Progres nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zauważył, iż pobieżna choćby analiza ofert i wyjaśnień nie pozwala na przyjęcie, że cena

zaoferowana przez wykonawcę umożliwi pokrycie wszystkich kosztów spowodowanych prawidłową realizacją zamówienia, a jednocześnie osiągnięcie przez wykonawcę zysku. Ponadto, wyjaśnienia przedłożone zamawiającemu nie odnoszą się do wszystkich kwestii związanych z ceną ofertową, są ogólnikowe i nie rozwiewają wątpliwości co zaoferowanej cenie. Progres, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie przedstawił rzetelnych, kompletnych i wiarygodnych wyjaśnień - a taki obowiązek spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu powołał się na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 29 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3124/20, z dnia 28 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3126/20, z dnia 23 grudnia 2020 r, sygn. akt: KIO 3095/20.

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia przedłożone przez Progres nie spełniają standardów wyznaczonych przez orzecznictwo w tym zakresie. Nie są one rzetelne (nie ujmują wszystkich kosztów, np. rozsortowania i oczyszczenia odpadów, funkcjonowania systemu monitoringu GPS, zapewnienia bazy magazynowo - transportowej, kosztów transportu odpadów do instalacji), nie są wyczerpujące, (nie odnoszą się do wszystkich zagadnień wymaganych przez zamawiającego), a w końcu nie są poparte jakimikolwiek dowodami. Wykonawcy nie dołączyli żadnych dokumentów, faktur, umów i innych dowodów mogących wykazywać prawidłowość poczynionych kalkulacji.

Z powyższych powodów – według odwołującego - oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

VII. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 2 lit. b) oraz nr 3 lit b) odwołania).

W uzasadnieniu ww. zarzutu odwołujący powołał się na swoje wcześniejsze twierdzenia dotyczące tego, że wykonawcy Imperf oraz Progres będą przekazywali odpady do instalacji wskazanych w ofercie, a w konsekwencji tego, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada prawdzie, przez co Imperf oraz Progres wprowadzili zamawiającego w błąd.

Odwołujący zauważył, że odpady typu tworzywa sztuczne, metale i opakowania wielomateriałowe są na terenie Miasta Zielonka zbierane łącznie (w jednym pojemniku/worku). Wykonawca Imperf nie wskazał w ofercie instalacji, która byłaby gotować przyjąć te odpady łącznie - dla metali i tworzyw sztucznych wskazał różne instalacje. Przekazanie do instalacji wskazanych przez Imperf takich odpadów jak tworzywa sztuczne i metale musi więc poprzedzić ich rozsortowanie i oczyszczenie. Podobnie jest w przypadku Progres - ten wykonawca wskazuje wprawdzie te same instalacje do przetwarzania metali i tworzyw sztucznych, ale jednocześnie instalacje wskazane przez wykonawcę nie przyjmują odpadów bez wcześniejszego doczyszczania i wstępnej segregacji (tak jest również w sytuacji

instalacji wskazanych przez Imperf). Tymczasem ani Imperf, ani Progres, nie dysponują instalacją pozwalającą na rozsortowanie i doczyszczanie odpadów.

Odwołujący podał, że z jego wiedzy wynika, że instalacje wskazane przez Imperf oraz Progres nie zdecydują się na przyjęcie odpadów zanieczyszczonych i nieposortowanych. A zatem, wykonawcy ci wprowadzili w błąd zamawiającego co do sposobu postępowania z odpadami odbieranymi od właścicieli nieruchomości, wskazując w ofercie, że odbierane odpady przekazywane będą do instalacji wskazanych w ofercie, co jest niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Odwołujący odwołał się do przeprowadzonej we własnym zakresie weryfikacji dotyczącej ustalenia czy instalacje wskazane w ofertach wykonawców zgodzą się na przyjęcie zanieczyszczonych odpadów (w workach), co do których wykonawcy nie mają możliwości samodzielnego oczyszczenia. Wyniki swoich ustaleń odwołujący zaprezentował w tabelach. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy wskazali w ofertach instalacje, które nie przyjmują odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, a jednocześnie nie wskazali instalacji, które będą rozsortowywały i doczyszczwały odebrane przez nich odpady, czym wprowadzili zamawiającego w błąd. Okoliczność ta stanowi podstawę do wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że sposób postępowania z odpadami jest istotny dla ustalenia, czy oferta wykonawców pozostaje zgodna z wymaganiami SIWZ i prawem, a w ślad za tym podanie w tym zakresie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym ma wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Dodał też, że wykonawcom, którzy działają jako podmioty profesjonalne, można przy tym przepisać działanie co najmniej w sposób niedbały. Przed wskazaniem instalacji w ofercie obowiązkiem wykonawców pozostawało zweryfikowanie, czy dana instalacja może przyjąć odpady odebrane od właścicieli nieruchomości. Natomiast, weryfikacja albo w niniejszej sprawie nie miała miejsca, albo wykonawcy w sposób celowy zataili przed zamawiającym, że odpady odebrane od właścicieli nieruchomości przed przekazaniem do instalacji wskazanych w ofercie będą poddawane jeszcze dodatkowym procesom przetwarzania w instalacjach w ofercie nie wskazanych.

Zdaniem odwołującego, powyższe okoliczności stanowią także o niezgodności oferty z SIWZ. Zamawiający wymagał podania w Formularzu oferty (pkt 5) wszystkich instalacji, do których zostaną przekazane odpady odebrane od właścicieli nieruchomości. Według odwołującego, jeżeli Imperf zamierza skorzystać z instalacji nie wskazanych w ofercie, to w rzeczywistości oferta nie spełnia wymogów sformułowanych w SIWZ. Podobnie jest z kwestią doczyszczania odpadów, jeżeli bowiem zarówno Imperf, jak i Progres muszą skorzystać z instalacji dodatkowych niewskazanych w ofercie, to ich oferta pozostaje niezgodna z SIWZ w zakresie, w jakim okoliczność ta nie jest objęta ofertą wykonawców.

Odwołujący przy tym powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2019 r., wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 809/19.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 15 marca 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 17 marca 2021 roku wykonawcy D. S. i G. S., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. (zwani dalej: „IMPERF”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 18 marca 2021 roku wykonawca M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. (zwany dalej: „Progres”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) i tym samym wykonawcy ci stali uczestnikami tego postępowania odwoławczego.

W dniu 5 maja 2021 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania.

W trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 maja 2021 roku odwołujący złożył dodatkowe pisemne stanowisko w sprawie, do którego załączył dowody. Ponadto, odwołujący na drugim terminie rozprawy w dniu 14 maja 2021 roku złożył drugie pismo wraz z dowodami i kalkulacją kosztów odnoszącą się do ofert obu przystępujących. Dodatkowo, po zamknięciu rozprawy, także w dniu 14 maja 2021 roku odwołujący przesłał drogą elektroniczną pismo, które określił jako załącznik do protokołu, wskazując w jego treści, że w związku z brakiem możliwości zajęcia stanowiska w odpowiedzi na stanowisko przystępujących, którzy mieli zapewnioną możliwość dwukrotnego zajęcia stanowiska, wnosi o przyjęcie stanowiska wyrażonego w tym załączniku do protokołu, będącego syntetycznym ustosunkowaniem się do argumentów przystępujących.

W dniu 14 maja 2021 roku przystępujący IMPERF przekazał drogą elektroniczną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo wraz z dowodami.

**Po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 6 i 14 maja 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 roku, stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) -zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast, mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2021 roku, to do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą nPzp”.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), oferty wykonawcy IMPERF, oferty wykonawcy Progres, wezwania zamawiającego z dnia 3.02.2021 roku do wykonawcy IMPERF na podstawie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i odpowiedzi wykonawcy IMPERF na to wezwanie, wezwania zamawiającego z dnia 3.02.2021 roku do wykonawcy Progres na podstawie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i odpowiedzi

wykonawcy IMPERF na to wezwanie, wezwania zamawiającego z dnia 15.02.2021 roku do wykonawcy IMPERF na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i odpowiedzi wykonawcy IMPERF na to wezwanie, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także z dokumentów złożonych przez strony i przystępujących.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniach 6 i 14 maja 2021 roku.

Izba pominęła twierdzenia zawarte w piśmie – „załącznik do protokołu” przesłanym przez odwołującego w dniu 14 maja 2021 roku, jako że pismo wpłynęło po zamknięciu rozprawy w godzinach popołudniowych 14 maja 2021 roku, a pozostali uczestnicy nie mieli możliwości zapoznania się z nim. Ponadto, Izba nie podziela argumentacji, że odwołujący nie mógł zająć stanowiska w sposób wyczerpujący. Rozprawa trwała aż 2 dni i każdy z uczestników postępowania miał możliwość przedstawienia swojego stanowiska i dowodów w sposób obszerny i wyczerpujący. Podczas drugiego dnia rozprawy, na którym miały być prezentowane stanowiska końcowe, a wobec którego odwołujący złożył swoje zastrzeżenia na piśmie, wypowiedź odwołującego zajęła najwięcej czasu.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych w gospodarstwach domowych na nieruchomościach zamieszkałych w granicach administracyjnych Miasta Zielonka. Termin wykonania zamówienia ustalono na okres: 1.06.2021 r. do 31.03.2021 r.

W rozdziale V SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu* w pkt 2 lit. c) zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, iż:

„c) zdolności technicznej lub zawodowej

Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że: (...)

- dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ilości co najmniej:

a) trzech pojazdów przystosowanych do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;

b) trzech pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;

c) jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;



d) jednej bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi.

e) w zakresie wymagań technicznych należy zapewnić, aby:

- konstrukcja pojazdów zabezpieczała przed rozwiewaniem i rozpylaniem przewożonych odpadów oraz minimalizowała oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady;
- pojazdy były wyposażone w system: monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiającymi weryfikację tych danych;
- pojazdy były wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątnięcie terenu po opróżnieniu pojemników;
- dopuszcza się wyposażenie pojazdów w urządzenie do ważenia odpadów komunalnych.

Wielkość i rodzaj samochodów odbierających odpady należy dostosować do parametrów ulic (w szczególności ich szerokości) oraz do gęstości zabudowy.

- wszystkie pojazdy przewidziane do realizacji zamówienia muszą spełniać wymagania standardów emisji spalin minimum norma Euro 5. Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do przedstawienia dokumentów potwierdzających normę emisji spalin dla każdego pojazdu przeznaczonego do realizacji zamówienia".

W rozdziale VII lit. A) ust. 2 SIWZ zamawiający wskazał, że: „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu weryfikacji czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego, oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają (...). Zobowiązanie podmiotu trzeciego należy załączyć do oferty”.

W rozdziale VII lit. B) ust. 1 pkt 1 lit. d) SIWZ zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - załącznik nr 5 do SIWZ”.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ wykonawca winien był przedstawić następujące informacje w zakresie pojazdów przeznaczonych do realizacji zadania: marka i nazwa pojazdu, nr rejestracyjny, norma emisji spalin, podstawa do dysponowania pojazdem.

W rozdziale XIII SIWZ zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty, wskazując w ust. 2, iż cena „powinna zostać obliczona według zasad wyliczenia ceny zawartych w załączniku ofertowym, powinna również zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające z dokumentacji przetargowej oraz wszelkie inne koszty nieujęte w dokumentacji, bez których nie jest możliwe wykonanie zamówienia, w tym w szczególności:

- 1) zachowania właściwego stanu sanitarnego użytkowanych pojazdów (...),
- 2) porządkowanie terenu zanieczyszczonego odpadami i innymi zanieczyszczeniami w trakcie realizacji usługi,
- 3) naprawianie i ponoszenie kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas realizacji usługi,
- 4) zapewnienie przez cały czas trwania umowy dla właściwej realizacji przedmiotu umowy odpowiedniej ilości i obsługi środków technicznych, gwarantujących terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi (...).
- 5) wyposażenie własnych pracowników realizujących przedmiot zamówienia (...) w odzież ochronną z logo firmy oraz identyfikatory”.

Z kolei w rozdziale XIV SIWZ zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, tj.:

1. Cena – waga 60;
2. Czas reakcji na realizację reklamacji dot. odbioru odpadów komunalnych (w h, maksymalnie 48h) – waga 16;
3. Czas na podstawienie pojazdu zamiennego w razie awarii (w h, maksymalnie 48h) – waga 10;
4. Norma emisji spalin – waga 14.

Przy kryterium 2 i 3 w przypadku oferowanego czasu reakcji i odpowiednio na podstawienie samochodu zamiennego w razie awarii do 2 h, wykonawca miał otrzymać maksymalną liczbę punktów (tj. 16 pkt i odpowiednio 10 pkt). W ramach kryterium 4 – wykonawca mógł maksymalnie otrzymać 14 punktów, przy czym za każdy z 7 pojazdów zamawiający miał przyznawać punkty według zasady:

- za każdy zaoferowany pojazd spełniający normę EURO 6 zamawiający przyzna – 2 pkt;
  - za każdy zaoferowany pojazd spełniający normę EURO 6 zamawiający przyzna – 0 pkt.
- Natomiast minimalna norma jakiej zamawiający wymagał dla pojazdów to norma EURO 5.

Zarówno wykonawca, IMPERF, jak i Progres, zaoferowali czasy reakcji na realizację reklamacji, czasy na podstawienie pojazdu zamiennego oraz normy emisji spalin, które pozwoliły uzyskać im maksymalną liczbę punktów w poszczególnych kryteriach.

Wzór formularza oferty, stanowił załącznik nr 1 do SIWZ. W formularzu oferty zawarta została tabela, w której wykonawcy mieli podać ceny jednostkowe (za 1 Mg) oraz ceny łączne za:

1. odbiór, transport i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – przy czym zamawiający określił ilość odpadów na 2 620 Mg;
2. odbiór, transport i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych - przy czym zamawiający określił ilość odpadów na 1 260 Mg.

Ponadto, oferta zgodnie ze wzorem, winna zawierać oświadczenie wykonawcy, że zamówienie będzie realizował z wykorzystaniem wskazanych przez niego pojazdów (wykonawca był zobowiązany do podania takich informacji jak: nr rejestracyjny i norma emisji spalin w doniesieniu do wszystkich 7 pojazdów, w tym 3 przystosowanych do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, 3 przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Zgodnie zaś z punktem 5 Formularza oferty wykonawca winien wskazać instalacje do których przekaże odebrane od właścicieli odpady komunalne lub podmioty zbierające odpady do których przekazywane będą odpady objęte przedmiotem zamówienia. Wykonawca winien być wskazać rodzaj przekazywanego odpadu oraz nazwę i adres instalacji lub podmiotu odbierającego odpady.

Pismami z dnia 3 lutego 2021 roku zamawiający, działając na podstawie art. 90 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę IMPERF i wykonawcę Progres do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie (w tym miejscu zamawiający przytoczył elementy wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto, zamawiający wezwał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cenowej uwzględniającej wszystkie elementy ceny, w szczególności obejmującej koszty związane z:

- 1) przyjęciem odpadów na instalacji komunalnej,
- 2) transportem odpadów,
- 3) zaopatrzeniem w pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów dla zabudowy wielorodzinnej,
- 4) myciem, utrzymaniem w odpowiednim stanie technicznym i sanitarnym pojemników,

5) zakupem i dostarczeniem worków do selektywnej zbiórki odpadów dla zabudowy jednorodzinnej.

Pismem z dnia 8 lutego 2021 roku wykonawca IMPERF złożył wyjaśnienia w zakresie zaferowanej ceny, do których załączył umowy o pracę wraz z aneksami. Jednocześnie wykonawca ten wskazał, że treść pisma stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Także pismem z dnia 8 lutego 2021 roku wykonawca Progres przedstawił wyjaśnienia w zakresie ceny oferty (na 2 stronach) i załączył do nich zestawienie kosztów.

Pismem z dnia 1 marca 2021 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę IMPERF (100 pkt).

Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta wykonawcy Progres, która otrzymała 98,06 pkt, a na trzecim oferta odwołującego – 91,67 pkt.

Wobec tej czynności zamawiającego, a także innych czynności i zaniechań zamawiającego (szczegółowo wskazanych w odwołaniu), odwołujący wniósł odwołanie 11 marca 2021 roku.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu nr 1, zarzutu nr 2 lit. b), zarzutu nr 3 lit. b), zarzutu nr 6 lit. b) oraz w zakresie części zarzutu nr 8 odwołania (tj. w części w jakiej ten zarzut odnosił się do oferty wykonawcy Progres).

Jednocześnie zarzut nr 8 odwołania w zakresie w jakim odnosi się on do oferty wykonawcy IMPERF Izba pozostawiła bez rozpoznania, ponieważ odwołujący postawił ten zarzut jako zarzut ewentualny, tj. na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1 przez Izbę (a dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny oferty wykonawcy IMPERF) i wyraźnie w treści odwołania odwołujący sformułował wniosek o pozostawienie zarzutu bez rozpoznania w tym zakresie, w sytuacji, gdyby potwierdził się zarzut nr 1, a z kolei Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Izba zauważa, że:

## I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania).

Zarzut należało uwzględnić.

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jedną z naczelných zasad obowiązującą na gruncie zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza wyjątek od tej zasady i stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Zgodnie z przywołanym przez odwołującego w podstawie prawnej zarzutu przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm.), zwanej dalej „UZNK”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

A zatem, powołany powyżej przepis art. 11 ust. 2 UZNK określa przesłanki jakie muszą być spełnione łącznie, aby uznać określone informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie:

1. informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
3. a jednocześnie uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi musi podjąć z zachowaniem należytej staranności, działania w celu utrzymania w poufności tych informacji.

Z kolei z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, także powołanego powyżej, wynika obowiązek wykonawcy dokonania zastrzeżenia w stosownym terminie w stosunku do informacji, stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, iż nie mogą być one udostępniane oraz obowiązek wykazania, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby, wykonawca IMPERF nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje (w piśmie z 8 lutego 2021 roku dotyczącego wyjaśnień ceny oferty) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba w tym zakresie podzieliła argumentację odwołującego.

Zauważyć należy, iż wykonawca IMPERF jedynie ogólnikowo w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że: *„informacje nt. kształtowania cen naszego przedsiębiorstwa, a także czynników powodujących oszczędności poprzez m.in. wprowadzone metody pracy, powinny być chronione, bowiem stanowią wartość gospodarczą, które, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a ponieważ są i mogą być w przyszłości źródłem konkurencyjnej przewagi na rynku, podjęliśmy, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Osoby będące w posiadaniu tych materiałów z naszej strony i podmiotów współpracujących zostały zobowiązane do zachowania poufności, a informacje te nie są udostępniane osobom nieupoważnionym, w tym naszym pracownikom nieuczestniczącym w procesie przygotowania oferty”*.

Słusznie zatem odwołujący wskazywał, że wykonawca IMPERF w zasadzie nie wyjaśnił w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezwykle lakoniczne i nie zawiera żadnych konkretów. Wykonawca jednym zdaniem stara się przekonać zamawiającego, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, winny być chronione, bowiem stanowią wartość gospodarczą, bez jakiegokolwiek rzeczowej argumentacji w tym zakresie.

Wykonawca też nie wykazał, że podjął działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Wykonawca IMPERF złożył jedynie ogólną deklarację, że zobowiązał osoby będące w posiadaniu tych materiałów z jego strony i podmiotów współpracujących do zachowania poufności, nie popartą nawet jakąkolwiek próbą udowodnienia, że w istocie podjął takie działania. Dowody, złożone przez przystępującego IMPERF przy piśmie z dnia 13 maja 2021 roku należy uznać za spóźnione. To w dacie składania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec określonych informacji, wykonawca jest zobowiązany wykazać

zamawiającemu, że podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności.

Ponadto, ocena zastrzeżonych przez wykonawcę IMPERF informacji nie pozwala na uznanie, że posiadają one wartość gospodarczą czy jakkolwiek inny walor podlegający ochronie na podstawie przepisów UZNK. Są one na tyle ogólne, że trudno mówić o tym, że w jakkolwiek sposób dotyczą tajemnicy przedsiębiorstwa – w szczególności dotyczy to poszczególnych kosztów świadczenia usługi, które dla danej pozycji podawane są zbiorczo (np. koszt przyjęcia odpadów na instalację, koszty transportu, mycia i utrzymania pojemników itp.). Jedynie kwoty podanych wynagrodzeń mają wymiar bardziej skonkretyzowany, ale w tym zakresie wykonawca także nie wykazał, że pracownicy są zobowiązani do zachowania w poufności informacji dotyczących ich wynagrodzeń, a z załączonych do wyjaśnień umów, takie zastrzeżenie nie wynika.

W konsekwencji Izba uznała, że zaniechanie udostępnienia przez zamawiającego pełnej treści wyjaśnień wykonawcy IMPERF z dnia 8 lutego 2021 roku w zakresie zaoferowanej ceny stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu ujawnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę IMPERF jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 2 lit. a) i 3 lit. a) i 4 odwołania).

Zarzut podlega oddaleniu.

Przywołane przez odwołującego w podstawie prawnej zarzutu przepisy stanowią, że:

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp: ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp: zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 powołanej uprzednio UZNK: czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ramach omawianego zarzutu odwołujący powołał się na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ilości co najmniej:

- a) trzech pojazdów przystosowanych do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;
- b) trzech pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;
- c) jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,

a także wskazał na okoliczności, które, jego zdaniem, świadczą o tym, że wykonawca IMPERF i Progres podali nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania pojazdami służącymi do realizacji zamówienia (pojazdy posiadają zagraniczne numery rejestracyjne, a tym samym nie są zarejestrowane w Polsce i nie są dopuszczone do ruchu, a ponadto nie występują w bazie danych UFG). W konsekwencji wykonawcy ci, w ocenie odwołującego, niezasadnie otrzymali dodatkowe punkty w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Powyższe zarzuty nie potwierdziły się.

Po pierwsze, zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób: *„Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że: (...) - dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ilości co najmniej...”*. Zamawiający nie określił w opisie warunku udziału w postępowaniu, że wykonawca dysponować ma odpowiednim wyposażeniem (pojazdami) w dniu składania ofert. Zatem, wykonawca powinien dysponować bądź też wykazać, że w przyszłości – w okresie realizacji zamówienia, będzie dysponować (o czym świadczy sformułowanie *„będzie dysponować”*). Z kolei odwołujący nie wykazał, że wykonawca IMPERF, czy też wykonawca Progres, nie będą dysponować pojazdami wskazanymi w ofercie w okresie realizacji zamówienia.

Ponadto, odnosząc się do oferty wykonawcy IMPERF to należy wskazać, że wykonawca w toku rozprawy przedłożył dowody, z których wynikało, że nabył na



własność pojazdy o numerach rejestracyjnych RZ GE1413 i RZ GE1414 oraz dokonał ich rejestracji.

Co do oferty wykonawcy Progres, to wykonawca ten przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Mercedes Martruck Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy Progres niezbędnych zasobów – tj. 7 pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych spełniających normę emisji spalin EURO VI na potrzeby wykonania zamówienia.

W zakresie tego zobowiązania konieczne byłoby – co zostanie przedstawione przy uzasadnieniu w zakresie uwzględnienia zarzutu nr 6 – wyjaśnienie kwestii, iż w treści tego zobowiązania podmiot udostępniający wskazał, że zasoby są oddane na potrzeby wykonania zamówienia: *„usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Ząbki”*. Tymczasem niniejsze zamówienie ma być realizowane na rzecz Gminy Zielonka. Zatem, kwestia wskazania, że zasoby oddawane są na potrzeby wykonania zamówienia na terenie Miasta Ząbki powinna być wyjaśniona, a dokument (zobowiązanie podmiotu trzeciego) winien podlegać uzupełnieniu. Z uwagi na ziszczenie się podstaw do wykluczenia wykonawcy Progres i odrzucenia jego oferty, Izba nie nakazywała wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w powyższym zakresie. Ostateczna zatem ocena czy wykonawca wykazał, że będzie dysponował pojazdami możliwa byłaby dopiero na podstawie uzupełnionego dokumentu (w którego treści prawdopodobnie zaistniała omyłka co do nazwy zamawiającego). Niemniej jednak, uznając, że wykonawca Progres oświadczył, że będzie opierał się na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie dysponowania pojazdami i przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, a odwołujący nie wykazał, że podmiot ten nie będzie w stanie udostępnić tych pojazdów wykonawcy Progres na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, to w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się także w stosunku do oferty wykonawcy Progres. Podkreślić też należy, że sama okoliczność, że w danym momencie pojazdy są w innym kraju i nie są aktualnie zarejestrowane na terenie Polski, nie oznacza, że nie będą przeznaczone do realizacji tego zadania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, a także art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Co więcej, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, iż zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał obu wykonawcom maksymalną liczbę punktów, co pozwoliło im na uzyskanie wyższych miejsc w rankingu ofert. Odwołujący bowiem nie wykazał, że wykonawcy podali informacje nieprawdziwe w zakresie parametrów

świadczonych przez siebie usług, a które podlegały ocenie (tj. czas reakcji na realizację reklamacji, czas na podstawienie pojazdu zamiennego oraz norma emisji spalin).

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego przedstawione przez niego okoliczności stanowią o tym, że wykonawcy IMPERF oraz Progres, poprzez złożenie ofert o opisanej powyżej treści, dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym działania tych wykonawców zawierają element nieuczciwości stanowiący o tym, że jest ono sprzeczne z dobrymi obyczajami (wykonawcy oferują świadczenie usługi odbioru odpadów za pomocą pojazdów, do których nie mają realnego dostępu, pojazdy te nie będą użytkowane na etapie realizacji umowy - choćby dlatego, że nie są one dopuszczone do poruszania się po drogach publicznych w Polsce).

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że złożenie ofert przez przystępujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a w szczególności, że było sprzeczne z dobrymi obyczajami. Jak już wcześniej zostało wskazane, w opisie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający określił, że wykonawca ma wykazać, iż: „dysponuje” lub „będzie dysponował” pojazdami na potrzeby realizacji zamówienia. To, że na dany moment pojazd nie był zarejestrowany w Polsce i nie mógł być dopuszczony do ruchu, nie oznacza, że w przypadku przystąpienia do realizacji zamówienia wykonawca nie dysponowałby w sposób realny wskazanymi przez siebie w ofercie pojazdami. W przypadku zaś oferty wykonawcy IMPERF, przedstawił on dowody, że pojazdy kwestionowane przez odwołującego, są w jego posiadaniu i są zarejestrowane na terytorium Polski. Odwołujący nie wykazał też, że czasy reakcji czy normy emisji spalin, deklarowane przez wykonawców, były nierzeczywiste.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzuty odwołującego opisane w punktach 2 lit. a), 3 lit. a) i 4 odwołania nie potwierdziły się.

### III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut nr 2 lit. b) oraz nr 3 lit. b) odwołania).

Zarzut należało uwzględnić.

Powyżej zostało przywołane brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z 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.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zarówno w stosunku do wykonawcy IMPERF, jak i wykonawcy Progres.

Odwołujący uzasadniając swój zarzut wskazywał, że wykonawcy ci wprowadzili w błąd zamawiającego co do sposobu postępowania z odpadami odbieranymi od właścicieli nieruchomości, wskazując w ofercie, że odbierane odpady przekazywane będą do instalacji wskazanych w ofercie, co jest niezgodne ze stanem rzeczywistym, z tego względu, iż wskazane przez nich instalacje nie zgodzą się na przyjęcie zanieczyszczonych odpadów (w workach). Odpady te wykonawca musiałby poprzedzić wstępnym ich rozsortowaniem i oczyszczeniem, a tymczasem ani IMPERF, ani Progres nie dysponują instalacją pozwalającą na rozsortowanie i doczyszczanie odpadów. Nie wskazali też w ofertach instalacji, które będą rozsortowywały i doczyszczwały odebrane przez nich odpady.

Jednocześnie odwołujący wyjaśniał, że odpady typu tworzywa sztuczne, metale i opakowania wielomateriałowe są na terenie Miasta Zielonka zbierane łącznie (w jednym pojemniku/worku), a IMPERF nie wskazał w ofercie instalacji, która byłaby gotowa przyjąć te odpady łącznie - dla metali i tworzyw sztucznych wskazał różne instalacje. W przypadku wykonawcy Progres wskazuje on wprowadzić na te same instalacje do przetwarzania metali i tworzyw sztucznych, ale jednocześnie instalacje wskazane przez wykonawcę nie przyjmują odpadów bez wcześniejszego doczyszczania i wstępnej segregacji.

Odwołujący, składając stosowne dowody, wykazał, że przystępujący nie będą mogli przekazać odpadów komunalnych odebranych z gospodarstw na terenie Gminy Zielonka, co najmniej do niektórych z instalacji wskazanych w ofertach tych wykonawców, m.in. z uwagi na brak możliwości ich rozsortowania we własnym zakresie. To, że ci wykonawcy nie mogą dokonywać doczyszczania i wstępnej segregacji wynika z tego, że nie mają pozwolenia na przetwarzanie odpadów. Jednocześnie wykonawca IMPERF w toku rozprawy podnosił, że może „rozrywać worki” i dokonywać wstępnej segregacji, w ramach pozwolenia na wykonywanie działalności w zakresie zbierania odpadów, przy czym powoływał się na przepis art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2021 r., poz. 779), zgodnie z którym: ilekroć jest mowa w ustawie o zbieraniu odpadów - rozumie się przez to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.

Z powyższym nie można się zgodzić z tego względu, że w ramach zbierania odpadów, jak wynika z powołanego powyżej przepisu, wykonawca może dokonywać wstępnego sortowania, ale pod warunkiem, iż nie prowadzi ono do zasadniczej zmiany

charakteru i składu odpadów i nie powoduje zmiany klasyfikacji odpadów. Zatem, nie jest możliwa wstępna segregacja w ramach działalności polegającej tylko i wyłącznie na zbieraniu odpadów w stosunku chociażby do odpadów odbieranych łącznie w postaci tworzyw sztucznych, metali i opakowań wielomateriałowych, bo prowadziłoby to do zmiany klasyfikacji tychże odpadów.

Jednocześnie na pierwszym terminie rozprawy w dniu 6 maja 2021 roku przystępujący IMPERF powoływał się na to, że w ramach prowadzonej działalności dokonuje na terenie bazy magazynowo–transportowej rozrywania żółtych worków (obejmujących łącznie metale, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe) i dokonuje ich wstępnej segregacji przed oddaniem do instalacji. Na kolejnym terminie rozprawy w dniu 14 maja 2021 roku pełnomocnik przystępującego wycofał się ze swoich twierdzeń, wskazując, że zweryfikował bezpośrednio u swojego mocodawcy sposób postępowania z odebranymi odpadami i tych w żółtych workach nie rozrywa, tylko w niebieskich (zawierających papier).

Zgodnie z oświadczeniami zawartymi w ofertach, zarówno wykonawca IMPERF, jak i wykonawca Progres, zobowiązali się do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli do konkretnych instalacji i podmiotów zbierających odpady (instalacje/podmioty zostały wymienione w punkcie 5 formularza oferty każdego z wykonawców z wyszczególnieniem rodzajów przekazywanych odpadów).

Dowody przedstawione przez odwołującego wskazują na brak możliwości przekazania odpadów w takiej postaci jak zostały bezpośrednio odebrane od właścicieli nieruchomości do niektórych wskazanych instalacji (np. wymagania jakościowe makulatur dla potrzeb dostawców Mondi Świecie S.A., korespondencja mailowa z: pracownikiem LOBO Recykling Sp. z o.o., pracownikiem P.P.H.U. Kornex, pracownikiem K. Recykling S.A., A. S. Piotro-Stal, pracownikiem L.T. CONCEPT, pracownikiem RECAN organizacja odzysku opakowań, pracownikiem Elektro Plast Recykling, pracownikiem Fasada System).

Nadmienić należy, że instalacje K. Recykling Spółka Akcyjna, Stora Enso Recycling Sp. z o.o. i Błysk-bis Sp. z o.o. zostały wskazane w ofertach obu wykonawców.

Instalacja K. Recykling Spółka Akcyjna, jak wynika z dowodu złożonego przez odwołującego, nie przyjmuje szkła w workach. Odpady ze szkła muszą być w odpowiedni sposób przygotowane (wykonawca musi przygotować tzw. stłuczkę) – czego ze względu na brak stosownych pozwoleń obaj wykonawcy nie mogą uczynić we własnym zakresie. Instalacja Stora Enso Poland S.A. wymaga wstępnego doczyszczania odpadów.

Tym samym obaj wykonawcy nie są w stanie zaoferować instalacji do przetwarzania odpadów dla całych frakcji odpadów (odpady ze szkła), a wykonawca Progres (odpady ze szkła i papieru). Co do kwestii belowania papieru (a w takiej postaci – zbelowanej miał

przyjmować odpady Apis F. B. Sp. j. (wskazany w ofercie wykonawcy IMPERF), to tutaj Izba podzieliła stanowisko przystępującego, że odwołujący nie wykazał, że w tym zakresie wykonawca winien mieć odrębne pozwolenie i, że nie może tego wykonywać w ramach zbierania odpadów. Co do dowodu złożonego przez odwołującego – korespondencji mailowej ze Stora Enso – budzi on wątpliwości, głównie z uwagi na treść zadanego pytania i brak załącznika który został przekazany wraz z zapytaniem.

Dowód w postaci korespondencji mailowej z LOBO Recykling (wskazany w ofercie IMPERF) potwierdza, że podmiot ten nie przyjmuje odpadów pochodzących bezpośrednio z gospodarstw w frakcji tzw. selektywnej, prowadzi skup makulatury posortowanej i bez zanieczyszczeń. Z kolei dowód w postaci korespondencji mailowej z P.P.H.U. KORNEK K. M. (wskazanej w ofercie IMPERF) potwierdzał, że podmiot ten w ogóle nie jest zainteresowany frakcją selektywną, a skupia się na makulaturze z firm produkcyjnych, sklepów, zakładów przemysłowych. Odwołujący przedłożył też dowód w postaci korespondencji mailowej z Remondis Glass Recycling Polska (wskazany w ofercie IMPERF), który wskazywał, że ze względu na ograniczenia wynikające z limitów ilościowych jest zmuszony odmówić współpracy. Dowód w postaci korespondencji mailowej z pracownikiem PIOTRO-STAL (wskazany w ofercie IMPERF) potwierdza, że podmiot ten przyjmuje tylko złom posortowany i oczyszczony z innych zanieczyszczeń. Nie przyjmuje odpadów w workach. Z kolei L.T. CONCEPT L. S. (wskazana w ofercie IMPERF) lakonicznie odmówiła podjęcia współpracy na chwilę obecną. Dowód w postaci korespondencji mailowej z Recan Organizacja Odzysku Opakowań S.A. (wskazany w ofercie IMPERF) potwierdza, że podmiot ten przyjmuje odpady wstępnie wysortowane, przyjmuje puszki aluminiowe. Pracownik ELEKTRO PLAST RECYKLING Sp. z o.o. (wskazanej w ofercie IMPERF) także potwierdził w korespondencji mailowej prowadzonej z odwołującym, że nie są zainteresowani odpadami z tworzyw sztucznych w postaci nieposegregowanej zbiórki selektywnej, a najchętniej przyjmują odpady poprodukcyjne.

Kolejny dowód w postaci korespondencji mailowej z Błysk-bis Sp. z o.o. (także wskazanej w ofercie IMPERF) potwierdzał, że do tej instalacji wykonawca może oddać odpady bezpośrednio w żółtych workach, za określoną cenę.

Dowód w postaci korespondencji mailowej prowadzonej z Fasada System Sp. z o.o. (wskazanej w ofercie IMPERF) wskazywał, że podmiot ten nie ma w ogóle pozwolenia na przyjmowanie odpadów pochodzących ze zbiórki selektywnej od mieszkańców.

Podkreślić też należy, że wykonawca Progres zupełnie zaniechał dowodzenia okoliczności przeciwnych, tj., iż wskazane przez niego instalacje przyjmują odpady zebrane

selektywnie w takiej postaci w jakiej wykonawca odebrał je bezpośrednio od właścicieli gospodarstw domowych. Nie przedstawił nawet rzeczowej argumentacji w tym zakresie.

Z kolei wykonawca IMPERF podjął próbę wyjaśnienia swojej oferty w tym zakresie, co jak zostało wskazane powyżej, też uczynił w sposób nieprzekonujący, gdyż na kolejnym terminie rozprawy wycofał się ze wskazanych uprzednio twierdzeń, co do rozrywania „żółtych worków”. Ponadto, złożył dowody przy piśmie z dnia 13 maja 2021 roku, mające potwierdzać, że jego współpraca z instalacjami, opiera się na możliwości oddawania odpadów w workach do tych instalacji (dowody oznaczone nr 61 – 74).

W ocenie Izby dowody te nie były wystarczające do uznania, że wykonawca ten ma możliwość przekazania odpadów do wszystkich instalacji wskazanych w swojej ofercie. Mianowicie, po pierwsze, jak słusznie wskazywał odwołujący, już w samej ofercie wykonawca IMPERF nie zadeklarował ani jednej instalacji, która mogłaby przyjmować łącznie odpady różnych frakcji, tylko dla każdej z frakcji wskazał inne instalacje. Zatem, chociażby dowód w postaci umowy zawartej przez przystępującego IMPERF z P.H.U. "CLEAN WORLD" M. W. dotyczącej sortowania odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki (jak i faktur VAT wystawionych przez ten podmiot), należałoby jedynie rozpatrywać w kontekście możliwości przekazania tworzyw sztucznych do tej instalacji, bo tak zadeklarował wykonawca w swojej ofercie. Umowa współpracy z firmą Błysk-bis Sp. z o.o. nie neguje dowodu odwołującego, z którego również wynikała możliwość przekazywania odpadów pochodzących ze zbiórki selektywnej w tzw. „żółtych workach” za oznaczoną cenę. Odwołujący w tym kontekście zwracał jedynie uwagę, czy wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z przekazaniem tego typu odpadów.

Natomiast zupełnie niezrozumiałe jest przedłożenie przez przystępującego IMPERF dowodu w postaci umowy zawartej z MZO Sp. z o.o. w Wołominie, jako że podmiot ten w ogóle nie był wskazany w ofercie IMPERF jako instalacja do której będzie przekazywał odebrane od właścicieli odpady komunalne. Z podobnych względów niezrozumiałe jest przedkładanie faktur VAT wystawionych przez MZO Sp. z o.o. w Wołominie. Tym samym Izba uznała te dowody jako całkowicie zbędne. Co do faktur VAT wystawionych przez Błysk-bis Sp. z o.o., to zauważyć należy, że odwołujący nie negował samej możliwości przekazania odpadów pochodzących z bezpośredniej zbiórki do tej instalacji, wskazywał jedynie na koszty z tym związane.

Zwrócić też należy uwagę na złożone przy piśmie z dnia 13 maja 2021 roku przez wykonawcę IMPERF dowody w postaci faktur VAT, czy dowodów dostaw, które zostały przedstawione w celu wykazania innych okoliczności, tj. systematycznego wzrostu cen surowców, które wykonawca może sprzedać, a tym samym wygenerować dodatkowy zysk

ze zbierania surowców. Jak słusznie wskazywał w tym zakresie odwołujący z załączonych faktur nie wynika, że dotyczyły one odpadów przekazywanych w takiej postaci jak zostały bezpośrednio odebrane od właścicieli nieruchomości. Niektóre z dowodów temu przeczą, a mianowicie większość protokołów dostaw na rzecz Mondi Świecie S.A., wskazuje, że przedmiotem dostawy była makulatura mocna z Gr II. Z kolei faktura VAT wystawiona przez K. Recykling S.A. potwierdza, że przedmiotem dostawy był odpad stłuczki szklanej (a wykonawca IMPERF nie zaprzeczył, że nie może w ramach prowadzonej działalności zbierania odpadów wykonywać stłuczki). Faktury VAT wystawione przez Green Broker zawierają odrębne pozycje dotyczące odpadów tworzyw sztucznych i folii odpadowej.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że odwołujący wykazał, iż brak jest możliwości przekazania przez wykonawcę IMPERF i wykonawcę Progres odpadów odebranych w Mieście Zielonka bezpośrednio do instalacji wskazanych w ofertach tych wykonawców, przy jednoczesnym też braku wskazania instalacji/podmiotów, które dokonałyby wstępnego doczyszczania i rozsortowania odpadów, co świadczy o złożeniu nieprawdziwych informacji w tym zakresie w wyniku co najmniej lekkomyślności. Wykonawca powinien bowiem zweryfikować, czy wskazana instalacja przyjmie od niego odpady w takiej postaci w jakiej zostaną jej przekazane. Jeśli zaś wykonawcy uczynili to celowo, oznaczałoby, że poświadczyli celowo nieprawdę. Przystępujący nie przedstawili zaś dowodów, które mogłyby zaprzeczyć w sposób skuteczny wnioskowi wypływającemu z analizy dowodów złożonych przez odwołującego.

Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał, że wykonawca IMPERF i wykonawca Progres w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawili informacje dotyczące sposobu postępowania z odpadami odebranymi od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Zielonka, które wprowadzały zamawiającego w błąd i mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Izba podziela przy tym pogląd wyrażony w powołanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 809/19, iż: *„w przedmiotowym postępowaniu treść nad tabelą, do której należało wpisać instalacje, była precyzyjna: "Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości". Tekst: "do których przekazywane będą" jasno wskazuje, że do tabeli należało wpisać wyłącznie te instalacje, do których wykonawca po zawarciu umowy z zamawiającym faktycznie będzie przekazywał odpady, a nie wszystkie instalacje, które są znane odwołującemu i co do których dopiero po zawarciu*

*umowy podejmie on decyzję, do której wozić odpady, a do której nie. Innymi słowy: decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, odwołujący zobowiązał się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki był cel zamieszczenia przez zamawiającego ww. tabeli w formularzu ofertowym (...). W konsekwencji powyższych ustaleń należy stwierdzić, że zachodziła podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem postąpił lekkomyślnie i niedbale wpisując do oferty różne instalacje bez sprawdzenia, czy faktycznie będzie mógł do nich przekazywać odpady. Tym samym przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do zgodności z prawem sposobu wykonania zamówienia. Informacje te w oczywisty sposób wpływały na decyzje podejmowane przez zamawiającego w trakcie postępowania (...)*”.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców D. S. i G. ., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą P.P.U.H. IMPERF s.c. D. S., G. S. oraz wykonawcy M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Progres M. B. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 5 odwołania).

Zarzut należało oddalić.

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.

Brzmienie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zostało przywołane powyżej.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazywał na określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, a dotyczący dysponowania pojazdami przystosowanymi do odbioru odpadów, w tym:

- a) trzema pojazdami przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,
- b) trzema pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów,



c) jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że skoro wyraźnie zaznaczono w odniesieniu do jednego z pojazdów, że ma nie posiadać funkcji kompaktującej, to należy wywodzić, że pozostałe oferowane przez wykonawców pojazdy (*a contrario*) taką funkcję muszą posiadać. Według odwołującego, jest to też powielenie wymagań, jakie wynikają z § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jedynie nieznacznie je zaostrzając co do liczby wymaganych pojazdów.

Odwołujący podnosił, że wykonawca IMPERF zadeklarował pojazdy bez funkcji kompaktującej do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych i zauważył, że te pojazdy nie są też przystosowane do odbioru odpadów zbieranych z nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej z pojemników 1100 l typu bóbr.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w kwestii interpretacji warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt 2 lit. c) SIWZ. Mianowicie, Izba uznała, że postanowienia SIWZ należy interpretować ściśle i zgodnie z ich literalnym brzmieniem, a z brzmienia warunku wynika tylko i wyłącznie to, że wykonawca musi dysponować co najmniej jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej. Co do pojazdów przystosowanych do odbierania niesegregowanych odpadów komunalnych i pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, zamawiający nie sprecyzował czy mają to być pojazdy z funkcją kompaktującą, czy też nie. Podstawy do przyjęcia interpretacji proponowanej przez odwołującego nie daje również powołany przez odwołującego przepis § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w którym również zostało wskazane, że tylko jeden z minimalnej liczby pojazdów wymaganych do świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być pojazdem bez funkcji kompaktującej.

Co więcej, w tym samym rozdziale V SIWZ, zamawiający wskazał, że wielkość i rodzaj samochodów odbierających odpady należy dostosować do parametrów ulic (w szczególności ich szerokości) oraz do gęstości zabudowy, co zdaje się potwierdzać tezę, że raczej preferowane są mniejsze gabarytowo pojazdy, aniżeli typowe śmieciarki.

Jednakże podstawowe znaczenie ma samo brzmienie warunku, a w ocenie Izby nie pozwala ono na przyjęcie interpretacji przywołanej przez odwołującego. A skoro tak, to za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy IMPERF z postępowania o udzielenie zamówienia, jako że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego dysponowania pojazdami (z funkcją kompaktującą przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie).

Tym samym, nie potwierdził się też zarzut uzyskania nienależnie najwyższej liczby punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert (za czas reakcji na realizację reklamacji, za czas na podstawienie pojazdu zamiennego oraz normę emisji spalin) – zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba oddaliła ww. zarzuty.

#### V. Zarzut naruszenia art. 22a ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (zarzut nr 6 odwołania).

Zarzut nr 6 potwierdził się częściowo, tj. w zakresie w jakim dotyczy oferty wykonawcy Progres (zarzut nr 6 lit. b) odwołania).

Natomiast zarzut w zakresie w jakim dotyczy oferty wykonawcy IMPERF (zarzut nr 6 lit. a) odwołania) podlegał oddaleniu.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 - 3 ustawy Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.
3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Zgodnie zaś 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.

a) Oferta wykonawcy IMPERF.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca IMPERF w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w sposób nieskuteczny, tj. powołał się na zasoby MZO w Wołominie, które zobowiązało się udostępnić mu pojazd marki MAN o nr rejestracyjnym WZ189CE. Odwołujący podał też, że pojazd ten jest aktualnie wykorzystywany przez MZO do realizacji zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów na rzecz Gminy Wołomin. Jednocześnie zauważył, że zgodnie z zawartą umową dotyczącą realizacji zamówienia z Gminą Wołomin, MZO nie może łączyć trasy pojazdu odbierającego odpady komunalne z terenu Gminy Wołomin z trasami odbioru odpadów komunalnych w innych gminach. Ponadto, odwołujący powołał się na pkt 15 OPZ w niniejszym postępowaniu, z którego miało wynikać, że pojazdy wykonawcy w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych nie mogą jednocześnie odbierać odpadów komunalnych z innych miejscowości. Zdaniem odwołującego, zestawienie wymagań Gminy Wołomin i zamawiającego – Miasta Zielonka, wskazuje na to, iż w praktyce pojazd wykorzystywany przez MZO do odbioru odpadów na terenie Gminy Wołomin nie będzie w stanie obsłużyć odbioru odpadów na terenie Miasta Zielonka. Powyższe czyni zobowiązanie MZO do udostępnienia zasobów fikcją. Ponadto, zaferowanie pojazdu, który nie będzie w stanie dotrzymać zakazu odbioru odpadów komunalnych z innych miejscowości, przesądza o niezgodności z SIWZ.

W ocenie Izby zarzut w odniesieniu do oferty wykonawcy IMPERF nie potwierdził się, a to z tego względu, że odwołujący nie wykazał, że udostępniony przez MZO w Wołominie pojazd nie będzie mógł być wykorzystany do świadczenia usług na terenie Miasta Zielonka. Sam zakaz łączenia tras pojazdu odbioru odpadów w danej gminie z trasami w innych gminach oraz zakaz jednoczesnego odbioru odpadów komunalnych z innych miejscowości, nie oznacza, że dany samochód nie może być w praktyce używany do realizacji zamówień w zakresie odbioru odpadów na terenie różnych gmin, oczywiście z uwzględnieniem zakazów wynikających z treści specyfikacji (czyli chociażby wspomniany zakaz łączenia tras).

To odwołujący, podnosząc taki zarzut i twierdzenia, powinien je wykazać, choćby przez wykazanie jakie jest realne zaangażowanie danego pojazdu przy realizacji zamówienia w jednej gminie i, że nie jest ono do pogodzenia z realizacją zamówienia w tym postępowaniu. A tego odwołujący w żaden sposób nie wykazał.

Z tych też powodów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 22a ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy IMPERF nie potwierdził się.

b) Oferta wykonawcy Progres.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Progres w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w sposób nieskuteczny, tj. powołał się na zasoby firmy Martruck, przy czym jak wynika z treści zobowiązania, podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia 7 pojazdów na potrzeby „usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkanycy na terenie Miasta Ząbki”. Tymczasem zamówienie jest realizowane przez Miasto Zielonka. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej okoliczności. W takim stanie rzeczy należy uznać, zdaniem odwołującego, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest nierzeczywiste i nie pozwala na przyjęcie, że Progres spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Słusznie wskazywał odwołujący, że zamawiający winien był wyjaśnić wątpliwości dotyczące treści zobowiązania podmiotu trzeciego, skoro bezpośrednio z jego treści wynika, że podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić swoje zasoby (pojazdy) do realizacji zadania na terenie innej gminy. Zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Takie zobowiązanie nie powinno więc budzić wątpliwości co do intencji podmiotu, iż udostępnia zasoby na potrzeby realizacji tego konkretnego zamówienia. W związku z powyższym zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Progres – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie. Nawet jeśli wydaje się bardzo prawdopodobne, że zaistniała zwykła omyłka w treści zobowiązania (zamiast Miasta Zielonka, omyłkowo wskazano Miasto Ząbki).

Jednocześnie, wobec potwierdzenia się innych zarzutów odwołania skutkujących wykluczeniem wykonawcy Progres z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem jego oferty, Izba nie nakazywała wezwania wykonawcy Progres do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub

poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z tych też powodów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 22a ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy Progres potwierdził się.

#### VI. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 7 odwołania).

Zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:
  - 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
  - 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
  - 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
  - 4) aspekty innowacyjne;
  - 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
  - 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W ramach ww. zarzutu odwołujący stwierdził, że przedstawione przez niego wady ofert wykonawców Imperf oraz Progres w zakresie zaoferowanych pojazdów (a mianowicie: nierzeczywistość udostępnienia zaoferowanych pojazdów, niezgodność ze specyfikacją, brak możliwości realnego wykorzystania pojazdów do realizacji zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego), powodują, że zamawiający błędnie przyznał wykonawcom maksymalną liczbę punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Imperf oraz Progres otrzymali łącznie w tym zakresie po 40 punktów, co sprawiło, że ich oferty zostały sklasyfikowane wyżej niż oferta odwołującego. Gdyby zaś zamawiający poprawnie zbadał oferty wykonawców, to żaden z nich nie uzyskałby maksymalnej liczby punktów, a oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Jak już zostało wskazane powyżej, odwołujący nie wykazał, że zamawiający niezasadnie przyznał ww. wykonawcom maksymalną liczbę punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Odwołujący nie wykazał, że wykonawcy ci podali informacje nieprawdziwe czy niezetelne w zakresie kryteriów, które podlegały ocenie (tj. czasu reakcji

na realizację reklamacji, czasu na podstawienie pojazdu zamiennego oraz normy emisji spalin).

W konsekwencji nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

#### VII. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut nr 8 odwołania).

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 zaś do art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

1. 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, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania,

w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 8 odwołania - w zakresie w jakim odnosi się do oferty wykonawcy IMPERF – Izba pozostawiła bez rozpoznania, zgodnie z wnioskiem odwołującego, sformułowanym w treści odwołania, który wskazywał, że: *„niniejszy zarzut, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do całości pisma z dnia 8 lutego 2021 r. wykonawcy Imperf, objętego zarzutem nr 1 (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa). W związku z powyższym przedmiotowy zarzut (w części, w jakiej odnosi się do oferty wykonawcy Imperf) podnoszony jest z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp powinien brać swój początek w treści wyjaśnień odnośnie ceny rażąco niskiej. W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut nr 1, Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie niniejszego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia - w części w jakiej zarzut odnosi się do oferty wykonawcy Imperf”*.

Tym samym, w konsekwencji uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania (dot. bezpodstawnego zaniechania udostępnienia odwołującemu pisma wykonawcy IMPERF z dnia 8 lutego 2021 r. zawierającego wyjaśnienia ceny rażąco niskiej) i nakazania zamawiającemu ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ww. wykonawcę, tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty i w związku z wnioskiem odwołującego, o którym mowa powyżej, Izba orzekła o pozostawieniu bez rozpoznania zarzutu nr 8 w odniesieniu do oferty wykonawcy IMPERF.

Natomiast, Izba uznała, że zarzut nr 8 w odniesieniu do oferty wykonawcy Progres należało uwzględnić.

Izba w pełni podzieliła stanowisko odwołującego, który wskazywał, że: *„lakoniczność wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę nie pozwala na przyjęcie, że wykonawca poprawnie wyjaśnił elementy ceny rażąco niskiej. Wyjaśnienie wykonawcy są ogólnikowe i polegają głównie na zapewnieniu, że Progres jest w stanie wykonać zamówienie po zaoferowanej cenie. Ponadto wykonawca wskazuje na pewne okoliczności, które pozwalają - w jego ocenie - na obniżenie ceny ofertowej (zawarcie umowy z*

*instalacjami przetwarzania odpadów, posiadanie zbiornika na paliwo na terenie bazy transportowej).*”.

Jak zauważył odwołujący, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Progres pozostają na dużym stopniu ogólności. Wykonawca Progres zawarł swoje wyjaśnienia na 2 stronach pisma, do którego dołączył zestawienie kosztów (dodatkowa 1 strona). Oczywiście nie jest tak, że o rzeczowości czy o wyczerpującym poziomie wyjaśnień będzie stanowić liczba stron, bo przede wszystkim liczy się ich treść, jednakże należy zauważyć, że na tych 2 stronach, wykonawca Progres zawarł wyłącznie ogólnikowe twierdzenia, niewiele wyjaśniające poziom zaoferowanej ceny. Mianowicie, wykonawca Progres w swoich wyjaśnieniach przytoczył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odniósł się do poziomu cen pozostałych ofert, wskazał, że różnica pomiędzy średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert a ceną jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest znacząca ze względu na spadek cen na zagospodarowanie odpadów w instalacjach na przełomie ostatnich miesięcy, podał, że jest w stanie zrealizować zamówienie z zyskiem – ok. 50 tyś. zł w skali miesiąca.

Następnie wykonawca Progres wskazywał, że do każdej frakcji ma podpisane umowy z przynajmniej trzema instalacjami, przy czym szkło i papier oddaje z zyskiem (w załączonej kalkulacji jest jedna zbiorcza pozycja dot. odpadów oddawanych z zyskiem). Wykonawca nie załączył jednak żadnych dowodów potwierdzających jego twierdzenia, tj. choćby możliwość oddawania odpadów (szkło, papier) z zyskiem, czy kosztów związanych z oddawaniem pozostałych odpadów, gdzie musi ponieść koszty. Wykonawca Progres zadeklarował, iż uwzględnił w ofercie podwyżki w przeciągu 10 miesięcy (okres realizacji zadania) na poziomie ok. 10-15%, a także, że ujął dzierżawę pojemników oraz wyprodukowanie i dostarczenie worków w ilościach wymaganych przez zamawiającego. Wykonawca wyjaśnił, że istotnym czynnikiem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest posiadanie zbiornika na terenie bazy transportowej, gdyż koszt zatankowania pojazdu na stacji jest średnio 10% wyższy, a ponadto ma to wpływ także na skrócenie czasu pracy pojazdu i kierowcy. W dalszej kolejności wykonawca Progres zapewnił, że nie korzysta z pomocy publicznej, nie korzysta z podwykonawców, nie ponosi dodatkowych kosztów w zakresie prowadzenia ewidencji odpadów.

Wykonawca Progres oświadczył także, że nie wynajmuje sprzętu ani zaplecza technicznego, ponieważ są jego własnością, co również może mieć wpływ na wysokość zaproponowanej ceny i reasumując stwierdził, że wskazane przez niego oszczędności i metody znacząco wpłynęły na wysokość oferowanej ceny, wobec czego jest w stanie należycie wykonać zlecenie z uwzględnieniem tej ceny.



Do wyjaśnień wykonawca Progres załączył jedynie zestawienie kosztów wykonania usługi.

Jak z powyższego wynika wyjaśnienia wykonawcy Progres są w przeważającej mierze lakoniczne, nierzeczowe i co zostanie wykazane poniżej budzą poważne wątpliwości co do realności kalkulacji.

Przede wszystkim, zwrócić należy uwagę, iż wykonawca Progres nie wyjaśnił jaki to sprzęt czy zaplecze posiada, a takie twierdzenie powinno budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego w kontekście, załączonego do jego oferty zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji aż 7 pojazdów na potrzeby realizacji zamówienia (przy czym jak już wyżej wskazywano, w odniesieniu do treści zobowiązania winna być co do zasady wyjaśniona kwestia określenia Gminy, na terenie której miała być realizowana usługa przekazanymi pojazdami). Z treści zobowiązania wynika, że podmiot – Mercedes Martruck Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. zobowiązał się oddać do dyspozycji wykonawcy pojazdy na podstawie umowy najmu, co niesie ze sobą określone i niebagatelne przy tego typu pojazdach koszty. Tymczasem, w samych wyjaśnieniach wykonawca Progres w ogóle się do tego nie odniósł. A wręcz należy stwierdzić, że w wyjaśnieniach wykonawca przedstawiał niewiarygodne twierdzenie (co do dysponowania własnym sprzętem), chyba, że chodziło mu o innego rodzaju sprzęt. Nie ulega jednak wątpliwości, że w usługach dotyczących odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, największe koszty związane ze sprzętem i zapleczem to koszty związane z pojazdami przeznaczonymi do realizacji usługi i bazą magazynowo - transportową. Co więcej, przedłożona do wyjaśnień kalkulacja w ogóle nie rozwiewa tych wątpliwości. Otóż, spośród 10 pozycji zestawienia kosztów 3 związane są z pojazdami i transportem odpadów:

Poz. 5 – opłata za rejestratory GPS (w tym 0 zł za montaż rejestratorów i 6.000 zł za abonament za 3 miesiące)

Poz. 9 – kwartalne koszty amortyzacji pojazdów – 20.000 zł.

Poz. 10 – kwartalne koszty paliwa – 243.200 zł.

Co istotne, w zestawieniu tym nie ma pozycji odnoszącej się bezpośrednio do najmu pojazdów. Słusznie odwołujący wskazywał, że z oferty wykonawcy Progres wynika, że wykonawca nie zamierza wykorzystywać do realizacji zamówienia własnych pojazdów, których amortyzację mógłby ująć w wyliczeniu ceny ofertowej (co wynika z powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w tym zakresie, o czym była mowa powyżej). Tym samym, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty budzą wątpliwości także w tym zakresie. Ponadto, w pozycji dotyczącej kosztów amortyzacji pojazdów wykonawca wskazał, że są to koszty kwartalne, a w kolumnie „Przewidywane koszty wykonania zamówienia” podał tylko jedną kwotę – 20.000 zł (czyli należałoby uznać, że koszt amortyzacji pojazdów w okresie 1

miesiąca, stanowiłby kwotę ok. 6.666,66 zł). Nawet jeśli uznać, że w tej kwocie wykonawca zawarł w istocie koszty związane z najmem pojazdów, to wynikające z tej pozycji kwoty także są mało realne i jako takie powinny być rzeczowo wyjaśnione i poparte dowodami. Odwołujący wskazywał, że: *„Dzieląc kwotę 6 666,66 zł przez liczbę pojazdów (7 sztuk) otrzymujemy wartość 952,38 zł na pojazd. Możliwość wynajęcia specjalistycznego pojazdu ciężarowego za tą kwotę budzi uzasadnione wątpliwości, skoro na rynku koszty miesięcznego wynajmu/leasingu jednego specjalistycznego pojazdu waha się od 8 000 do 10 000 zł. Dodać przy tym należy, że z reguły wynajmujący ponosi koszty ubezpieczeń, napraw pojazdów, wymiany płynów i innych części zużywalnych. Ten koszt w ogóle nie jest ujęty w kalkulacji Wykonawcy”*. Zatem, już ta wysokość kalkulowanych przez przystępującego Progres kosztów budzi uzasadnione wątpliwości co do jej prawidłowości.

Z drugiej strony, jak wskazywał zamawiający i przystępujący Progres – wykonawca w kalkulacji omyłkowo wskazał, że są to koszty kwartalne, a w istocie są to przewidywane koszty wykonania zamówienia za cały jego okres. Okres realizacji zamówienia został przewidziany na 10 miesięcy. Takie stanowisko wyraził zamawiający i potwierdził to przystępujący Progres (iż określenie „kwartalne” stanowi omyłkę) w związku z zarzutem odwołującego, że jeśli 20.000 zł to koszty kwartalne, to w rubryce tej powinien być uwzględniony koszt związany z amortyzacją pojazdów przez cały okres realizacji zadania, tj. 66.666,57 zł. Co w powiązaniu z analogiczną sytuacją odnośnie kosztów kwartalnych wskazanych w pozycjach 5b i 10 zestawienia kosztów przystępującego i przeliczenia tych pozycji powodowałoby, że kalkulacja wykazywałaby stratę, a nie zysk.

Z kolei, jeśli uznać za miarodajne stanowisko zamawiającego i przystępującego, że kwotę 20.000 zł należy odnosić do realizacji zamówienia przez cały okres, tj. 10 miesięcy, wówczas miesięczny koszt amortyzacji pojazdów wynosiłby 2.000 zł. Wydaje się mało realne, aby wykonawca mógł pokryć koszty związane z samym najmem 7 pojazdów, o normie emisji spalin EURO VI, za kwotę 2.000 zł miesięcznie (o ile oczywiście przyjąć, że w pozycji dot. amortyzacji wykonawca ujął koszty związane z najmem samochodów), tym bardziej, że brak jest jakichkolwiek dowodów w tym zakresie. Nie mówiąc już o kosztach ubezpieczenia, czy napraw pojazdów itp. W takim kontekście bardziej prawdopodobne jest, że wykonawca w istocie ujął koszty kwartalne (choć i tak mało realne), a to oznacza, że po przeliczeniu tych kosztów na cały okres realizacji zadania (jak i odpowiednio pozycji 5b – abonament za rejestratory GPS i 10 – koszty paliwa, które według opisu dotyczyły kosztów kwartalnych), wykazana zostanie strata.

Dodatkowo, stwierdzić należy, że także pozostałe pozycje przedstawionego zestawienia kosztów nie zostały w żaden sposób poparte szerszą i rzeczową argumentacją czy jakimikolwiek dowodami. Zasadnie odwołujący wskazywał, że w przypadku chociażby

kosztów pracowniczych brak jest określenia liczby pracowników planowanych do skierowania do realizacji zamówienia, co utrudnia możliwość weryfikacji kalkulacji w tym zakresie.

Wykonawca Progres w żaden sposób nie wyjaśnił i nie poparł dowodami kalkulacji w zakresie przekazywania odpadów na instalacje. Wskazał jedynie, które odpady oddaje z zyskiem (papier i szkło), a które ze stratą (pozostałe). Ujął także koszty ponoszone w związku z segregacją odpadów przed ich oddaniem, przy czym jak słusznie wskazywał odwołujący, kwota 5.000 zł za cały okres realizacji zamówienia, przy szacowanej liczbie odpadów, budzi uzasadnione wątpliwości. Wątpliwości te uwypuklały dodatkowo dowody złożone przez odwołującego, z których to wynikało, że instalacje wskazane przez przystępującego Progres w ofercie, nie przyjmują do przetworzenia odpadów bezpośrednio odebranych od właścicieli nieruchomości, tym samym konieczne jest wstępne przesortowanie odpadów, co rodzi dodatkowe koszty. Wykonawca Progres, nawet w toku rozprawy, nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie.

Wykonawca Progres nie ujął także w przedstawionym zestawieniu kosztów, jak i nie odniósł się w żaden sposób w treści samych wyjaśnień do kosztów związanych z myciem, utrzymaniem w odpowiednim stanie technicznym i sanitarnym pojemników, pomimo wyraźnego wezwania do wyjaśnień także w tym zakresie w piśmie zamawiającego z dnia 3 lutego 2021 roku.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że złożone przez wykonawcę Progres wyjaśnienia w zakresie ceny oferty są lakoniczne, nierzetelne, niewyczerpujące i gołosłowne. Nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, które potwierdzałyby realność zaoferowanej ceny. Nie odpowiadają nawet na bezpośrednio zadane przez zamawiającego w wezwaniu pytania co do konkretnych elementów mających wpływ na cenę (przykład mycia i utrzymania pojemników). Ponadto, wyjaśnienia te budzą wiele wątpliwości co do twierdzeń w nich zawartych czy poszczególnych kosztów, o czym była mowa powyżej.

Prawidłowo dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Progres rodzi obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem nie pozwalają one stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte jakimikolwiek dowodami. Zaniechanie odrzucenia oferty na tej podstawie przez zamawiającego czyni zasadnym zarzut odwołującego.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Progres na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Stosownie do § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, przy czym zgodnie z § 7 ust. 3 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba rozdzieliła stosunkowo koszty postępowania odwoławczego, tj. kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego i wynagrodzenie pełnomocników stron. Z uwagi na liczbę i wagę zarzutów odwołującego, które się potwierdziły, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego strony w części po 1/2.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł tytułem

kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego. Zamawiający nie składał wniosku kosztowego, co daje łączną kwotę: 18.600 zł. 1/2 z kwoty 18.600 zł to kwota 9.300 zł.

Uwzględniając powyższe Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....