

Sygn. akt: KIO 3467/20

**WYROK**

**z dnia 22 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C.K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Abramów,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C.K. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C.K.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Abramów [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Abramów* (znak postępowania: ZP.271.6.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2020 r. pod numerem 759797-N-2020.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca C.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C.K. [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy nie złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 r. zezwolenia na transport odpadami wydanego na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ani też zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec niezłożenia przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 14 grudnia 2020 r.;
3. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieunieważnienie postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
4. art. 7 ust 1 ustawy Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z brakiem wezwania do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. w związku z tym, że zaoferowana cena jednostkowa w zakresie pozycji formularza cenowego t.j. odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności została ustalona poniżej kosztów wykonawcy;
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 21 grudnia 2020 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania. Ewentualnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 21 grudnia 2020 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania do udzielenia przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu pozycji formularza cenowego – odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ, z uwzględnieniem zmiany z dnia 7 grudnia 2020 r., o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy posiadający zezwolenie na transport odpadów wydane na podstawie ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zamawiający zastrzegł, że uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadami za spełniony również w przypadku gdy wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie i na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie rodzajów odpadów, których zbieranie lub transport nie wymagają zezwolenia na prowadzenie działalności (Dz. U. z 2004 r. Nr 16, poz. 154 ze zm.) jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na transport odpadów.

Wskazane rozporządzenie dotyczy jednakże zgodnie z treścią § 3 i 3a zbierania odpadów w placówkach handlowych prowadzących sprzedaż wyrobów przemysłowych oraz produktów w opakowaniach, po zużyciu których powstają odpady określone w załączniku do rozporządzenia, w punktach serwisowych wykonujących naprawy gwarancyjne i pogwarancyjne sprzętu elektrycznego i elektronicznego, a jedynie w stosunku do baterii oraz akumulatorów dodatkowo w placówkach oświatowych, kulturalno-oświatowych, punktach serwisowych sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz w siedzibach urzędów i instytucji. Nie obejmuje więc, z oczywistych względów, całości przedmiotu zamówienia objętego SIWZ.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2020 r. wezwał Wykonawcę do złożenia zezwolenia na transport odpadami wydanego na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie. Wobec powyższego dla uznania, że Wykonawca spełnia wymogi udziału w postępowaniu niezbędne było ustalenie czy posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów oraz w jakim zakresie może taką działalność prowadzić. Zamawiający uchybił temu obowiązkowi, który nałożył na siebie zapisami SIWZ. Jedynie na marginesie Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy o odpadach zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych stały się z datą wejścia w życie

odpowiednio zezwoleniami na zbieranie odpadów i zezwoleniami na przetwarzanie odpadów.

W niniejszym postępowaniu nie mogło znaleźć zastosowania zwolnienie z obowiązku złożenia dokumentów określone w art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż w treści Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami brak jest danych zawartych w zezwoleniu na zbieranie czy też przetwarzanie odpadów dotyczących m.in. rodzaju odpadów przewidywanych do zbierania, dodatkowych warunków zbierania odpadów, opisu metody lub metod zbierania odpadów, rodzaju i masy odpadów przewidywanych do przetworzenia i powstających w wyniku przetwarzania w okresie roku, dopuszczonej metody lub metod przetwarzania odpadów. Wskazane informacje zawarte w zezwoleniu żądanym przez Zamawiającego pozwalają na weryfikację spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż żądanie przedstawienia zezwolenia na transport odpadów wydanego na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach było warunkiem niemożliwym do spełnienia przez jakiegokolwiek wykonawcę, gdyż zgodnie z treścią art. 233 ustawy o odpadach utraciły one ważność.

Niewątpliwie w niniejszym postępowaniu doszło do dokonania przez Zamawiającego czynności obejmującej takie opisanie kryteriów udziału w postępowaniu, które uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż nie istnieje wykonawca, który dysponuje zezwoleniem na transport odpadów lub odzysk i unieszkodliwianie odpadów w zakresie obejmującym w całości przedmiot zamówienia.

W zakresie żądania ewentualnego, obejmującego rażąco niską cenę jednostkową Wykonawca w pozycjach formularza cenowego t.j. - odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków wskazał, że wykona zamówienie odpowiednio za 1018,51 zł/Mg oraz 740,74 zł/Mg. Wskazana cena jednostkowa nie umożliwia wykonania zamówienia, w szczególności została ustalona poniżej kosztów Wykonawcy. Zgodnie z cennikami instalacji przyjmującej wskazane odpady, koszt zagospodarowania Mg odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych wynosi nie mniej niż 5 500,00 zł netto za 1 Mg, natomiast przeterminowanych leków nie mniej niż 4 400,00 netto za 1 Mg i jest odpowiednio 440% oraz 494% wyższy od ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 stycznia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania Zamawiający przyznał, że błędem było omyłkowe wpisanie w SIWZ w zakresie warunków dot. kompetencji lub uprawnień posiadanie zezwolenia na transport odpadów czy powoływanie się na

przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie rodzaju odpadów, których zbieranie lub transport nie wymagają zezwolenia na prowadzenie działalności (Dz. U. Z 2004 r., Nr 16, poz. 154 ze zm.), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 24 stycznia 2018 r. Wskazał, że obecnie nie funkcjonują przepisy dotyczące wydawania zezwoleń na transport odpadów. Zezwolenie na transport odpadów zostało zastąpione wpisem do rejestru wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonym przez Marszałka Województwa na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020, poz. 797 ze zm.). Zamawiający przywołał art. 49 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 pkt 5) ustawy o odpadach, który stanowi, że marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek z zakresu niniejszej ustawy transportujących odpady. Powyższe oznacza, że w związku z uruchomieniem rejestru BDO Starostowie powiatowi nie wydają już zezwoleń na transport odpadów. W przypadku przedsiębiorców transportujących odpady, po uzyskaniu wpisu do rejestru BDO, nie uzyskuje się zezwoleń na transport odpadów. Zamawiający wyjaśnił, że według art. 233 ust. 1 ustawy o odpadach zezwolenia na transport odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych zachowały ważność na czas na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż do czasu upływu terminu do złożenia wniosku o wpis do rejestru BDO (czyli do 24.07.2018 r.) lub z dniem uzyskania wpisu do tego rejestru, w przypadku gdy wpis nastąpił w terminie wcześniejszym. W zakresie transportu nie wydaje się już zezwolenia. Takim zezwoleniem jest posiadanie odpowiedniego wpisu do BDO. Tym samym nie można podzielić poglądu Odwołującego, że w prowadzonym postępowaniu należało zbadać czy Wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwienie odpadów oraz w jakim zakresie może prowadzić taką działalność. Podejście takie wykraczałoby poza postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał przedłożenia zezwolenia na transport odpadów. Zezwolenie na odzysk i unieszkodliwienie odpadów należało traktować jako możliwość ewentualną, o czym świadczy zwrot „Zamawiający uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadami za spełniony również w przypadku gdy Wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwienie odpadów we wskazanym zakresie (...)”. Zdaniem Zamawiającego nie było więc podstawy do żądania przedłożenia zezwolenia na odzysk i unieszkodliwienie odpadów (obecnie zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów) gdyż z SIWZ nie wynika, że posiadanie takowego zezwolenia przez Wykonawcę jest obligatoryjnym dokumentem decydującym o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wymagał przedłożenia tych dwóch dokumentów (zezwolenia na transport i zezwolenia na unieszkodliwienie), dlatego należy uznać, że posiadanie wpisu w BDO wyczerpywało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie odpowiadającym zezwoleniu na transport odpadów.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z rozdziałem VII. 2 SIWZ, dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) wykonawca miał przedłożyć tożsame dokumenty, które dotyczyły warunków (tj. - zezwolenie na transport odpadów, ewentualnie zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów jeżeli wykonawca jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na transport odpadów oraz potwierdzenie wpisu do rejestru wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)). Na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. przedłożył wraz z innymi dokumentami - potwierdzenie wpisu do BDO, czym dla Zamawiającego w zakresie uprawnień lub kompetencji potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Wykonawcy do przedłożenia brakujących dokumentów (zezwolenia na transport odpadów, zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie), jednakże Zamawiający zwraca uwagę, że nie doszło do zaistnienia żadnej z przesłanek warunkującej wezwanie do uzupełnienia dokumentu. Nie było potrzeby wzywania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów, gdyż żaden z wykonawców nie mógłby przedłożyć zezwolenia na transport odpadów czy na odzysk i unieszkodliwianie, które to dokumenty nie występują w obrocie. Ponadto wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miałyby zastosowania jeszcze z jednego względu, gdyż przedłożone dokumenty przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. jednoznacznie pozwalały Zamawiającemu na ocenę i stwierdzenie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. W opinii Zamawiającego, powyższe oznacza, że zarzut Odwołującego w zakresie braku wykluczenia wykonawcy Zakładu Gospodarki Komunalnej w Adamowie sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż wykonawca wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że nie odniesie się do rozważań odwołującego w temacie Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. jako że rozważania te nie mają większego znaczenia, w związku z uchynieniem tegoż rozporządzenia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający kierował się także niepisaną zasadą w zamówieniach publicznych. że wątpliwości interpretacyjne SIWZ winno być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp na postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu potencjalnym wykonawcom służy odwołanie. Ani wykonawca P.H.U. EKO- TRANS C.K., ani pozostali wykonawcy w toku postępowania nie wnieśli odwołania wobec postawionych przez Zamawiającego warunków. Wykonawcy nie wnosili także o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie tak postawionego warunku. Powyższe świadczy, że wykonawcy działający na rynku jako profesjonaliści w

zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów mieli świadomość i wiedzę wynikającą z powszechnie obowiązujących przepisów że warunek dot. posiadania zezwolenia na transport odpadów, zostanie spełniony jeżeli wykonawcy przedłożą wpis do BDO i żaden z wykonawców nie miał wątpliwości interpretacyjnych, o czym świadczą złożone oferty w przetargu i zachowanie zasady konkurencyjności.

Następnie Zamawiający odniósł się do zarzutu określonego w punkcie 3. *petitum* odwołania wskazując, że w świetle ww. okoliczności błędem Odwołującego jest uznanie, że przedmiotowe postępowanie powinno zostać unieważnione.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 4. i 5. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający stwierdził, że art. 90 ust. 1a ustawy Pzp mówi o obligatoryjnych podstawach do wyjaśniania rażąco niskiej ceny, które nie wystąpiły w niniejszym postępowaniu co oznacza, że o przesłance fakultatywnej wyjaśniania rażąco niskiej ceny stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował, że powyższa przesłanka ustawowa obligująca Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień także nie wystąpiła. Ani cena wybranej oferty ani jej istotne części składowe nie wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wskazał, iż Odwołujący powołuje się na cenę jednostkową dotyczącą pozycji odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków, które jego zdaniem są rażąco niskie, jednakże nie zauważa że wskazanych pozycji (biorąc pod uwagę szacunkowe ilości ich wytworzenia przez mieszkańców) nie można uznać za istotną część składową ceny. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp określający generalną regułę badania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku ich wyjaśnienia, bowiem w każdym przypadku zamawiający musi ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego uzasadniają wezwanie do wyjaśnień. Zastosowane przez ustawodawcę w powołanym przepisie zwroty „wydają się” oraz „budzą wątpliwości zamawiającego” jako pojęcia nieostre dają zamawiającym pewien margines uznaniowości, bowiem zwrócenie się o wyjaśnienia jest warunkowane tym, jak zamawiający oceni ofertę wykonawcy. Zamawiający wskazał, że ustawodawca nie wyjaśnił pojęcia „ich istotnej części składowej”. Za istotną część ceny lub kosztu należy uznać te ich części, od których, ze względu na ich znaczący udział w całości ceny lub kosztu, zależy ostatecznie powstały koszt lub zaoferowana cena. Ceny jednostkowe niektórych elementów ujętych w kalkulacji ceny lub kosztu, które nie mają znaczącego wpływu na ich ostateczną wysokość, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający przeprowadził we własnym zakresie postępowanie wyjaśniające, i tak: cena wybranej oferty opiewała na kwotę 518 626,02 zł

brutto. Cena ta dotyczyła realizacji usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów z 14 wskazanych w ofercie frakcji z uwzględnieniem szacunkowej ilości ich wytworzenia przez nieruchomości zamieszkałe. Frakcje dotyczące odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków stanowiły niewielki ułamek zamawianej usługi: na 555,44 Mg odpadów z wszystkich frakcji, odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych i przeterminowane leki stanowiły jedynie 0,40 Mg, tj. 0,00072% wszystkich szacunkowo obliczonych odpadów (mniej niż 1%). Stąd biorąc pod uwagę całość oferty i poszczególne pozycje szacunkowych ilości powstających odpadów nie można mówić o istotności składowych części oferty. Zamawiający stwierdził, że wybrany wykonawca jest profesjonalistą działającym na rynku wobec czego zaoferowana cena oraz jej części składowe nie budzą wątpliwości Zamawiającego wobec możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

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

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

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

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 stycznia 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego przy odwołaniu, tj. cennik Przyjęcia Odpadów w Zakładzie Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Puławach obowiązujący od 1 kwietnia 2020 r.



Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach, położonych na terenie Gminy Abramów oraz dostarczenie worków foliowych do gromadzenia odpadów w ilości 90 000 szt.

Szacunkowe ilości odpadów:

- 1) Odpady komunalne zmieszane (niesegregowane) – 295 Mg;
- 2) Odpady z papieru, w tym tektura odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury – 17 Mg;
- 3) Metale i tworzywa sztuczne (w tym opakowania z tworzyw sztucznych, opakowania z metali, opakowania wielomateriałowe) – 65 Mg;
- 4) Odpady ze szkła, w tym odpady opakowaniowe ze szkła – 51,00 Mg;
- 5) Boodpady 7,00 Mg;
- 6) Popiół – 45,00 Mg;
- 7) Odpady wielkogabarytowe – 34,00 Mg;
- 8) Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny - 9,00 Mg;
- 9) Zużyte opony – 8 Mg;
- 10) Zmieszane odpady z budowy, remontów – 37,00 Mg;
- 11) Odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych (tj. chemikalia, baterie i akumulatory, i inne) – 0,30 Mg;
- 12) Przeteterminowane leki – 0,10 Mg;
- 13) Odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwach domowych - 0,010 Mg;
- 14) odzież i tekstylia – 0,030 Mg.

Powyższe dane były szacunkowe. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zwiększenia lub zmniejszenia ilości odpadów jak i liczby gospodarstw, mieszkańców.

W dniu 7 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał:

1. wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Abramów;
2. zezwolenia na transport odpadami wydanymi na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zamawiający uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadami za spełniony również w przypadku gdy Wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie i na podstawie Rozporządzenia

Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie rodzajów odpadów, których zbieranie lub transport nie wymagają zezwolenia na prowadzenie działalności (Dz. U. z 2004 r. Nr 16, poz. 154 ze zm.) jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na transport odpadów;

3. potwierdzenia wpisu do rejestru wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. BDO) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2018r. poz. 992).

Jednocześnie zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 SIWZ, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia może wezwać wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawca udokumentuje:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Abramów;

b) zezwolenie na transport odpadami wydanymi na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zamawiający uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadami za spełniony również w przypadku gdy Wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie i na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie rodzajów odpadów, których zbieranie lub transport nie wymagają zezwolenia na prowadzenie działalności (Dz. U. z 2004 r. Nr 16, poz. 154 ze zm.) jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na transport odpadów;

c) potwierdzenia wpisu do rejestru wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. BDO) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2018 r. poz. 992).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 556 814,52 zł, Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. z ceną 518 626,02 zł oraz Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Kurowie z ceną 614 466,00 zł.

Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. w punkcie 5 lit. a formularza oferty oświadczył, że zamieszane odpady komunalne, bioodpady oraz pozostałe odpady odebrane od mieszkańców przekazywane będą do następujących instalacji przetwarzania odpadów: ZZOK w Adamkach, ZUK Puławy, „Kamilex” Krzywola, Green Office Ecologic Sp. z o.o. Łomazy, „Orzeł” Poniatowa. Z treści oferty ww. wykonawcy wynika, że realizacji zamówienia nastąpi zgodnie z cenami jednostkowymi podanymi w tabeli zawartej w punkcie 4 formularza oferty, w tym za odpady niebezpieczne powstające

w gospodarstwach domowych (tj. chemikalia, baterie i akumulatory i inne) o szacunkowej ilości 0,30 Mg za cenę 1018,51 zł netto/Mg (poz. 11) oraz przeterminowane leki o szacunkowej ilości 0,10 Mg za cenę 740,74 zł netto/Mg (poz. 12).

W dniu 14 grudnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. do złożenia m.in. następujących dokumentów:

1. wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Abramów;
2. zezwolenia na transport odpadami wydanymi na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zamawiający uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadami za spełniony również w przypadku gdy Wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie i na podstawie Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 grudnia 2003 r. w sprawie rodzajów odpadów, których zbieranie lub transport nie wymagają zezwolenia na prowadzenie działalności (Dz. U. z 2004 r. Nr 16, poz. 154 ze zm.) jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na transport odpadów;
3. potwierdzenia wpisu do rejestru wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. BDO) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. złożył:

1. zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej z dnia 29 kwietnia 2020 r. wydane przez Wójta Gminy Abramów;
2. zaświadczenie Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 22 marca 2018 r. o aktywacji konta w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami.

Jednocześnie ww. wykonawca przekazał informację o miejscu gdzie można znaleźć dokumentację dotyczącą zezwolenia na transport odpadami (Baza BDO). W związku z uzyskaniem dokumentów z rejestrów ogólnie dostępnych ww. wykonawca nie składał powyższych dokumentów w formie papierowej. Ponadto w aktach sprawy znajduje się wydruk z BDO wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o.

W dniu 21 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. z siedzibą w Adamowie. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy nie mógł być przedmiotem rozpoznania Izby zważywszy na treść art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jako że dotyczył on czynności, które nie mieszczą się w zamkniętym katalogu czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy nie złożył na wezwanie Zamawiającego zezwolenia na transport odpadami wydanego na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ani zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów we wskazanym zakresie. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec niezłożenia przez ww. wykonawcę dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 14 grudnia 2020 r.

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. Z kolei stosownie do treści 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.

Przed przejściem do oceny ww. zarzutów, w ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem wykonawczym do tejże ustawy.

Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń

zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

Odnosząc się do ww. zarzutów Izba wskazuje, iż za spóźnioną na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało uznać argumentację Odwołującego sprowadzającą się do zakwestionowania postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień do prowadzenia określonej działalności. W powyższym zakresie Odwołujący wskazywał, że „żądanie przedstawienia zezwolenia na transport odpadów wydanego na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach było warunkiem niemożliwym do spełnienia przez jakiegokolwiek wykonawcę, gdyż zgodnie z treścią art. 233 ustawy o odpadach utraciły one ważność”, jak również że „na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy o odpadach zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych stały się z datą jej wejścia w życie odpowiednio zezwoleniami na zbieranie odpadów i zezwoleniami na przetwarzanie odpadów”. W powyższym zakresie nadto Odwołujący wskazał, że „w niniejszym postępowaniu doszło do dokonania przez Zamawiającego czynności obejmującej takie opisanie kryteriów udziału w postępowaniu, które uniemożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż nie istnieje wykonawca, który dysponuje zezwoleniem na transport odpadów lub odzysk i unieszkodliwiania odpadów w zakresie obejmującym

w całości przedmiot zamówienia”. Stwierdzić należy, iż wykonawca będący profesjonalistą mógł podważyć za pomocą środków ochrony prawnej w ustawowym terminie czynność Zamawiającego dotyczącą określenia ww. warunków udziału w postępowaniu. Brak wzruszenia omawianego warunku udziału w postępowaniu na obecnym etapie postępowania skutkuje jego wiążącym charakterem. Tym samym Zamawiający po otwarciu ofert nie mógł odstąpić od określonego w specyfikacji sposobu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o.

Następnie Izba stwierdza, iż z uzasadnienia faktycznego odwołania nie można wyczytać dlaczego – zdaniem Odwołującego – wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień. W treści odwołania Wykonawca stwierdził, że wobec wezwania Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 r. wystosowanego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp „dla uznania, że Wykonawca spełnia wymogi udziału w postępowaniu niezbędne było ustalenie czy posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów oraz w jakim zakresie może taką działalność prowadzić. Zamawiający uchybił temu obowiązkowi, który nałożył na siebie zapisami SIWZ.” Abstrahując od prawidłowości opisu ww. warunku udziału w postępowaniu zauważyć należy, iż jego konstrukcja wskazywała, że wykonawca winien dysponować zezwoleniem na transport odpadów, przy czym Zamawiający zastrzegł, że uzna warunek posiadania zezwolenia na transport odpadów za spełniony również w przypadku gdy wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów. Tym samym rację miał Zamawiający, iż zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów należało traktować jako alternatywę wobec zezwolenia na transport odpadów w celu potwierdzenia spełniania warunku. Co więcej, sam Odwołujący w treści odwołania wskazywał, że zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy o odpadach zostały zastąpione zezwoleniami na zbieranie odpadów i zezwoleniami na przetwarzanie odpadów.

Za wykraczającą poza zarzuty odwołania Izba uznała argumentację Odwołującego prezentowaną w toku rozprawy, jakoby „Zamawiający nie zweryfikował treści wpisu do rejestru działalności regulowanej, a ww. wykonawca nie posiada uprawnień w zakresie odbioru popiołu oraz w zakresie transportu odpadów medycznych powstających w gospodarstwach domowych.” oraz że „wykonawca powinien złożyć oświadczenie, że jest wpisany do BDO oraz wyjaśnić, że zakres zezwolenia i wpisów pokrywa się z określonym w SIWZ przedmiotem zamówienia i umożliwia jego wykonanie.”. Podkreślić należy, iż uważna lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący nie zakwestionował treści złożonego przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. wpisu do rejestru działalności regulowanej. Dalej z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący odnosił się do

innego rodzaju odpadów niż przeterminowane leki oraz odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych, do których referował w ramach zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. W odwołaniu nie postawiono również zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak również nie wskazano zakresu, który miałby być przedmiotem wyjaśnień.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie można podzielić poglądu Odwołującego prezentowanego na rozprawie, iż wymagane przez Zamawiającego zezwolenia uprawniające do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia winny obejmować już na etapie składania ofert wszystkie rodzaje odpadów. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SIWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18). Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymogu w zakresie rodzajów odpadów objętych stosownymi uprawnieniami (poza wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, którego zresztą Odwołujący nie zakwestionował), wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty stosownymi decyzjami obejmującymi wszystkie rodzaje odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Odróżnić należy etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień.

Dalej Izba wskazuje, że z treści odwołania nie można wyczytać do uzupełnienia jakich dokumentów i w jakim zakresie winien zostać wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. Powyższe nie wynika ani z *petitum* odwołania, bowiem Odwołujący nie sformułował żądania w omawianym zakresie, ani z uzasadnienia odwołania, gdzie odwołujący się Wykonawca nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej referującej do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby przyjąć, jak odczytał Zamawiający, iż Odwołujący domagał się wezwania wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia na transport odpadów oraz zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów, to stanowisko Odwołującego należałoby uznać za wewnętrznie sprzeczne. Jak już wskazano

powyżej Odwołujący prezentował pogląd, iż ww. zezwolenia nie występują już w obrocie, co zresztą potwierdził sam Zamawiający.

Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podniesione względem wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. nie mogły zostać uwzględnione.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie Odwołujący wskazał, iż wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanych cen jednostkowych za odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych oraz przeterminowane leki z uwagi na ich rażąco niski poziom.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Analiza postawionego zarzutu prowadzi do wniosku, iż poza wskazaniem, że ceny jednostkowe za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych oraz przeterminowanych leków zaoferowane przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. są rażąco niższe od cen obowiązujących w instalacji Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Puławach, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie prezentowanego stanowiska. W szczególności odwołujący się Wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał, że ww. pozycje



cenowe mają istotne znaczenie w kontekście wyceny całego przedmiotu zamówienia, przez co winny budzić wątpliwości Zamawiającego. Z kolei jak podniósł w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający frakcje dotyczące odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych i przeterminowanych leków stanowiły niewielki ułamek zamawianej usługi, tj. na 555,44 Mg odpadów z wszystkich frakcji, odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych i przeterminowane leki stanowiły jedynie 0,40 Mg, tj. 0,00072% wszystkich szacunkowo obliczonych odpadów. Zamawiający uzasadniał jednocześnie, że ani cena wybranej oferty ani jej istotne części składowe nie wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Słusznie w ocenie Izby wskazał Zamawiający, iż za istotną część ceny lub kosztu należy uznać te ich części, od których, ze względu na ich znaczący udział w całości ceny lub kosztu, zależy ostatecznie powstały koszt lub zaoferowana cena. Jednocześnie jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „samo wyodrębnienie ceny w formularzu ofertowym nie może przesądzać o istotności tej części składowej. Istotna część składowa ceny to między innymi taka, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki generuje koszty po stronie wykonawcy.” (tak KIO w wyroku z dnia 8 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 468/19). Biorąc pod uwagę cenę globalną oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. oraz ceny jednostkowe za ww. frakcje odpadów, nie można uznać, że stanowiły istotne części składowe oferty.

Za niewystarczający w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała dowód przedstawiony przez Odwołującego stanowiący cennik przyjęcia odpadów obowiązujący w Zakładzie Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Puławach. Nie sposób zdaniem Izby na podstawie jednego cennika przyjęcia odpadów przesądzić, że zaoferowane przez konkurenta ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków oraz odpadów niebezpiecznych powstających w gospodarstwach domowych są nierynkowe i rażąco zaniżone. Co więcej, zauważyć należy, iż wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. wskazał w ofercie kilka instalacji, do których będą przekazywane odpady objęte niniejszym zamówieniem, podczas gdy Odwołujący nie wykazał, że przeterminowane leki oraz odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych będą przekazywane przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. właśnie do instalacji w Puławach. Z treści odwołania nie można wyczytać dlaczego ww. instalację w Puławach należałoby uznać za wyłącznie właściwą dla przyjęcia ww. frakcji odpadów.

W końcu Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby ciężar dowodu w zakresie przedmiotowego zarzutu, spoczywał na Zamawiającym. Izba podziela

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

Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się powiązany z ww. zarzutami – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....