

WYROK

z dnia 5 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie 1 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 czerwca 2022 roku przez odwołującego **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czernichów – Urząd Gminy z siedzibą w Czernichowie**, przy udziale wykonawcy **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. z siedzibą w Częstochowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. 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 **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Czernichów – Urząd Gminy z siedzibą w Czernichowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości niezamieszkałych stanowiących własność Gminy, położonych na terenie gminy Czernichów”, znak: GRO.271.2.2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 marca 2022 r., Dz.U./S S63 166351-2022-PL, pod numerem 2022/S 063-166351.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) 13 czerwca 2022 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego i zaniechaniu czynności Zamawiającego w zakresie części I postępowania, tj.:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w Częstochowie (dalej: „wykonawca W. S.”),
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy W. S.,
- 3) zaniechania wykluczenia wykonawcy W. S., a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty

ewentualnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej

- 4) zaniechania wezwania wykonawcy W. S. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia w ramach 1 części postępowania oferty wykonawcy W. S. mimo faktu, iż jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia – wykonawcy w formularzu oferty (pkt 3) mieli wskazać instalacje, w tym instalacje komunalne, gdzie odebrane w ramach zamówienia odpady komunalne będą przekazywane, podczas gdy wykonawca W. S. wskazał w tej rubryce m.in. 1) „Eko-Region” Sp. z o. o., 97-400 Bełchatów, ul. Bawełniana 18, 2) AP-Logic Sp. z o. o., ul. Łaska 77, 98-220 Zduńska Wola, 3) BM RECYKLING Sp. z o. o. 34-120 Andrychów, ul. Tkacka, jak i 4) adres prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, w których to miejscach nie są prowadzone instalacje. W konsekwencji W. S. zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z treścią SWZ – w szczególności pkt 3 załącznika nr 2 do SWZ, tj. formularza oferty w zw. z pkt X ppkt 12 i 13 załącznika nr 1 do SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia. Co więcej wskazania wymaga, niezależnie od powyższego, że zarzut ten jest także uzasadniony z tego powodu, że wykonawca oświadczając, że będzie przekazywał odpady do BM Recykling sp. z o.o. (i wskazując w ofercie miejsce, które w żaden sposób nie jest instalacją), w ogóle nie ma on możliwości oddania odpadów do instalacji tego podmiotu,

2) art. 109 ust. 1 pkt 5, jak i niezależnie pkt 7, Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie w ramach 1 części postępowania wykluczenia wykonawcy W. S. mimo faktu, iż wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość – w ramach innego zamówienia publicznego, analogicznego do obecnego, realizowanego na rzecz gminy Jerzmanowice-Przeginia wykonawca ten w szczególności w okresie od 1.07.2019 do 31.10.2019 r. naruszał swoje podstawowe obowiązki związane z realizacją świadczenia, w tym dochodziło m.in. do mieszania ze sobą różnych frakcji selektywnie zbieranych odpadów (co w istocie niweczy cały trud związany z selektywnym zbieraniem odpadów), czy też do mieszania odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości z odpadami zbieranymi od innych podmiotów, a w konsekwencji w wyniku zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy nastąpiło także i zaniechanie odrzucenia jego oferty. W konsekwencji też doszło do długotrwałego, kilkumiesięcznego nienależytego wykonywania umowy, co też spowodowało dochodzenie odszkodowania przez Gminę Jerzmanowice-Przeginia

ewentualnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej

3) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy W. S. do złożenia wyjaśnień w ramach 1 części postępowania w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zaoferowanej ceny za tzw. grupę III odpadów – to jest odpadów selektywnie zbieranych frakcji odpadów komunalnych: papieru i tektury,

opakowań ze szkła, metali i tworzyw sztucznych, w tym opakowań wielkomateriałowych oraz w odniesieniu do zaoferowanej ceny za tzw. grupę II odpadów, a to odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”), które to ceny stanowią istotne części składowe ceny oferowanej przez W. S. – mimo iż zaoferowane przez W. S. kwoty w odniesieniu do ww. odpadów wydają się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i, niezależnie, winny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z istniejącymi wymaganiami.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści odwołania, jak i przedłożonych na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W. S.,
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu:
 - a) odrzucenie w ramach 1 części postępowania oferty W. S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,
 - b) wykluczenie w ramach 1 części postępowania wykonawcy W. S. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i niezależnie pkt 7 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp,
ewentualnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej
 - c) wezwanie wykonawcy W. S. do złożenia wyjaśnień w ramach 1 części postępowania w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zaoferowanej ceny za tzw. grupę III odpadów – to jest odpadów selektywnie zbieranych frakcji odpadów komunalnych: papieru i tektury, opakowań ze szkła, metali i tworzyw sztucznych, w tym opakowań wielkomateriałowych, jak i w odniesieniu do zaoferowanej ceny za grupę II odpadów, a więc odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”) w ramach których to wyjaśnień wykonawca W. S. winien wyjaśnić w jaki sposób zaoferowane przez niego kwoty, bez pominięcia jakiegokolwiek elementu generującego koszty, pozwalają na wykonanie prac objętych SWZ w odniesieniu do tych grup odpadów, jak i pozwalają na osiągnięcie zysku (przy czym wyjaśnienia, w których W. S. winien przedstawić wszystkie elementy generujące koszty, powinny być, zgodnie z przepisem, poparte stosownymi dowodami),

- 5) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego Odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę W. S., mimo tego, iż wykonawca ten nie powinien zostać wybrany w Postępowaniu – Zamawiający winien odrzucić jego ofertę / wykluczyć go z udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwać go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zaoferowanej przez takiego wykonawcę istotnej części składowej ceny – ceny za tzw. grupę II i III odpadów, a następnie właściwie takie wyjaśnienia ocenić. Zaniechanie wykonania tych czynności i wybór w konsekwencji oferty wykonawcy W. S. jako najkorzystniejszej powoduje, że Odwołujący traci możliwość uzyskania zamówienia, co wskazuje na fakt naruszenia interesu Odwołującego.

Następnie Odwołujący wyjaśnił stan faktyczny sprawy, wskazując że przedmiotowe postępowanie – w zakresie jego części 1 – dotyczy (pkt 4.1.1 SWZ) części całej usługi, ograniczonej do „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli położonych na terenie Gminy Czernichów nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (w tym również nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy) oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”. W ocenie Odwołującego część 1 postępowania stanowi zasadniczą część całego postępowania, gdyż druga część odnosi się do odbierania i zagospodarowania odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, co oznacza kwotę kilkudziesięciu tysięcy złotych za 2 część.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu – w ramach jego pierwszej części – swoje oferty złożyło 4 Wykonawców, w tym W. S. oraz Odwołujący. W. S. zaoferował kwotę brutto 4.234.060,00 zł (po poprawieniu przez Zamawiającego: 4.234.055,80 zł), co dało mu 100 pkt (cena jest przy tym jedynym kryterium oceny ofert). Odwołujący zaoferował kwotę, 4.582.710,0 zł co dało mu 92,39 pkt, a kolejni wykonawcy, którzy złożyli oferty w wysokości 4.846.554,00 zł i 5.600.570 zł, uzyskali odpowiednio 87,36 pkt i 75,60 pkt.

Odwołujący wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w formie załącznika nr 1 do SWZ – pod nazwą „Szczegółowy opis przedmiotu

zamówienia i jego realizacji” (dalej jako „OPZ”). Jak jednak wynika już chociażby z nazwy zadania (także w odniesieniu do jego części nr 1) przedmiotem miało być nie tylko odebranie odpadów z nieruchomości i przewiezienie ich do miejsc, gdzie nastąpi ich zagospodarowanie – tzw. instalacji, ale i także samo zagospodarowanie.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że wykonawcy, którzy sporządzali swoje oferty w ramach 1 części postępowania wskazywali zatem nie tylko ceny za transport i zagospodarowanie określonych frakcji odpadów (w sumie objętych zamówieniem jest 5 grup odpadów), ale także w formularzu oferty mieli obowiązek wskazać instalacje z ich adresami, do których mają trafić zebrane odpady celem ich zagospodarowania. Ponadto w ocenie Odwołującego obowiązek wskazania przez wykonawców takich instalacji (a dokładniej obowiązek zamawiającego takiego ukształtowania dokumentów zamówienia, aby wykonawcy mieli obowiązek wskazania w swoich ofertach konkretnych instalacji) wynika wprost z przepisów prawa. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, w przypadku gdy zamawiający przygotowuje zamówienie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów, ma je przygotować w taki sposób, aby wykonawcy musieli w swoich ofertach wskazać instalacje, do których trafią odpady celem ich zagospodarowania. Odwołujący podkreślił, że ten przepis został też powtórzony w pkt 3 formularza oferty. Ponadto jak wskazał Odwołujący, obowiązek wskazania takich instalacji jednoznacznie wynika też jasno z ppkt 12 i 13 pkt X załącznika nr 1 do OPZ, gdzie wskazano, że wykonawcy mają obowiązek przekazywać zebrane odpady do stosownych instalacji, przy czym instalacje te mają zostać wskazane w ofercie.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający w ten sposób wskazywał na konkretne wymagania związane z realizacją zamówienia – chciał poznać instalacje, do których takie odpady trafią w ramach nałożonego obowiązku ich zagospodarowania, który stanowi podstawową część tego, co wykonawca ma świadczyć w ramach umowy (odbiór i zagospodarowanie). Jak wskazał Odwołujący wykonawcy mieli zatem obowiązek podania w ofercie konkretnych instalacji (wraz z ich adresami), do których zostaną przekazane odpady celem ich zagospodarowania. Odwołujący podkreślił, że jest to część merytoryczna oferty, pokazująca sposób wykonania przez danego wykonawcę jego zobowiązania – to jest w jaki sposób oferuje on wykonanie zamówienia Zamawiającemu. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przywołał treść wyroku Izby z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. KIO 21/22.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że wykonawca W. S. w swojej ofercie wskazał jednoznacznie, instalacje, do których trafią odpady. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca W. S. nie podał, że mogą trafić, ale – jak zresztą wymagał tego wzór oferty – jednoznacznie wskazał, że odpady trafią do szeregu „instalacji”). Wskazał on przy tym 10 takich „instalacji”.

Odwołujący zauważył, że duża część ze wskazanych „instalacji” w żaden sposób instalacjami nie są, a tym samym wykonawca W. S. zaoferował sposób wykonania zamówienia w sposób, który jest sprzeczny z wymaganiami zamówienia („warunkami zamówienia” w rozumieniu PZP). Odwołujący podkreślił, że należało wskazać w ofercie instalacje (wraz z ich adresami), do których odpady trafią, co pozwala zamawiającemu ocenić, czy dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie, jak i również ocenić np. to czy oferta danego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. W sytuacji, gdy podane dane nie odpowiadają wymogom Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić powyższego.

Odwołujący podniósł, że wykonawca W. S. wskazał w swojej ofercie, że będzie odpady przekazywał np. do „instalacji” BM Recykling sp. z o.o., 34-120 Andrychów, ul. Tkacka (bez podania numeru). Pod tym adresem (jeżeli w ogóle można to uznać za adres) położona jest siedziba spółki (jest to dom jednorodzinny), podczas gdy instalacje położone są w Siemianowicach Śląskich (ul. Konopnicka 11) oraz w Chrzanowie ul. Powstańców Styczniowych 15. Następnie Odwołujący zakwestionował wskazanie „instalacji” AP-Logic sp. z o.o., ul. Łaska 77, 98-220 Zduńska Wola. Tyle, że – pod tym adresem nie mamy do czynienia z żadną instalacją, ani nawet siedzibą czy oddziałem a jest tam – zwykły budynek. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że analogicznie rzecz przedstawia się ze wskazaniem w ofercie „instalacji” „Eko-Region” Sp. z o. o., położonej pod adresem 97-400 Bełchatów, ul. Bawełniana 18. Odwołujący wyjaśnił, że pod tym adresem znajduje się jednak znów siedziba tej spółki, a nie jakakolwiek instalacja – zdjęcia z Google Street View jasno pokazują, że pod tym adresem znajdują się biura spółki. Jak natomiast jest wskazane na stronie internetowej tego podmiotu – w zakładce „zagospodarowanie odpadów”, wskazane są trzy instalacje, a to instalacja w Dylowie, w Gotartowie oraz w Julkowie. Odwołujący zakwestionował również wskazanie przez wykonawcę W. S. własnego adresu prowadzenia działalności gospodarczej (ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa), gdzie wykonawca ten posiada jedną ze swoich baz transportowych, a nie jakąkolwiek instalację.

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywiódł, że wykonawca W. S. zaoferował realizację usługi w sposób, jaki jest niezgodny z wymaganiami SWZ („warunkami zamówienia”), gdyż jednoznacznie z SWZ wynika, że w tym miejscu oferty miały być wskazane instalacje, a nie jakiegokolwiek inne adresy / miejsca / budynki. Oznacza to zatem, że jego oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia, które wymagały aby w tym miejscu oferty wykonawcy zaoferowali instalacje, gdzie dojdzie do procesu zagospodarowania odpadów. Innymi słowy nie można mówić o tym, aby oferta wykonawcy W. S. była zgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy wymagane było podanie w ofercie instalacji, gdzie trafią odpady, a wykonawca W. S. w tym miejscu oferty jednoznacznie wskazał, że odpady zamierza przekazywać pod adresy, które w żaden sposób nie są instalacjami. Uzasadnia to

tym samym konieczność odrzucenia oferty tegoż wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że nawet gdyby uznać, że przed odrzuceniem oferty z powodu sprzeczności jej treści z warunkami zamówienia, należy uprzednio sprawdzić, czy oferta jednak nie mogłaby być poprawiona (do czego jednak nie ma żadnych podstaw – wszak jak „stary” art. 89 ust. 1 pkt 2 uprzedniej ustawy Pzp wskazywał, że odrzucenie oferty ma nastąpić gdy „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, tak obecnie ustawa już nie wprowadza w tym zakresie analogicznego sformułowania „z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 pkt 3”, a jasno wskazuje, że ofertę należy odrzucić gdy „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”) to i tak, bez żadnych wątpliwości nie mogłoby dojść do poprawienia oferty w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (odpowiednika art. 87 ust. 2 pkt 3 dotychczasowej ustawy). Odwołujący argumentował, że powszechnie uznaje się, że aby można było poprawić ofertę na podstawie tego przepisu „Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty” (tak np. A. Gawrońska Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex 2022, komentarz do art. 223). Odwołujący wskazał, że taka czynność Zamawiającego ma być dokonana bez udziału wykonawcy – inaczej mogłoby dojść do nieakceptowalnych negocjacji Zamawiającego z wykonawcą. W konsekwencji łatwo można zauważyć, że nawet gdyby art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmiał analogicznie jak jego poprzednik (art. 89 ust. 1 pkt 2 – „z zastrzeżeniem ...”), to i tak nie byłoby żadnych podstaw do poprawienia oferty. Nie byłoby możliwe do ustalenia przez Zamawiającego jaką instalację wykonawca miał na myśli. Już jedynie przykładowo można wskazać, że sam BM Recykling sp. z o.o. ma dwie instalacje – jedną w Chrzanowie, drugą w Siemianowicach Śląskich, a Eko-Region sp. z o.o. ma 3 instalacje. Odnośnie dalej podmiotu AP-Logic sp. z o.o. w ogóle trudno zlokalizować za pomocą dostępne ogólnie środków (internet) jakąkolwiek instalację – w szczególności na ich stronie internetowej brak jest jakichkolwiek informacji w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego zarzut ten jest w pełni uzasadniony, a Zamawiający nawet nie pokusił się o sprawdzenie tego co W. S. wskazał w pkt 3 swojej oferty, podczas gdy – jak już było to wskazywane – jest to element merytoryczny oferty, który jednocześnie też powinien być oceniany na gruncie rozważań, czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną (o czym jeszcze dalej będzie szerzej).

Za koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy W. S. z powodów wskazanych w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przemawia też w ocenie Odwołującego okoliczność, że nawet jeśli uznać, iż możliwe jest uzupełnienie oferty i możliwe byłoby np. wskazanie w odniesieniu do wykonawcy BM Recykling sp. z o.o. w miejsce podanej siedziby tej spółki którejś z instalacji należących do tej spółki, to i tak nie sposób nie zauważyć, że w takiej sytuacji oferta

wykonawcy byłaby sprzeczna z warunkami zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w ten sposób wykonawca zaoferował Zamawiającemu realizację świadczenia – jednocześnie oświadczył, że odpady będzie przekazywał m.in. do instalacji BM Recykling (położonej wedle oferty przy ul. Tkackiej w Andrychowie, bez nawet podania numeru). Jeżeli zatem uznalibyśmy, że możliwa jest zmiana oferty i podanie tam jednej z instalacji należących do BM Recykling sp. z o.o. to za uwaga wymaga, że W. S. nie ma z tym podmiotem zawartej żadnej umowy, a spółka ta – jak sama wskazuje – ma już wyczerpane limity na przyjmowanie odpadów z Grupy I oraz Grupy II celem ich zagospodarowania.

Uzasadniając zarzut nr 2, Odwołujący wskazał, że wykonawca W. S. winien być wykluczony z udziału w postępowaniu, wedle SWZ, gdy wystąpią okoliczności przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 5, czy też pkt 7 Pzp. Są to tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia, jednakże zostały w SWZ przewidziane jako przesłanki wykluczenia. Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca W. S., jak wynika z pism pochodzących od Gminy Jerzmanowice-Przegonia w sposób rażąco naruszał zawartą umowę o zamówienie publiczne na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Wedle pisma pochodzącego od tej Gminy dochodziło do tego, że wykonawca ten mieszał odpady selektywnie zbierane. Oznacza to ni mniej ni więcej że cały sens selektywnego zbierania odpadów przez wytwórców takich odpadów (w tym gospodarstwa domowe) całkowicie przestaje istnieć, skoro podmiot, który ma zadanie je odebrać, a następnie przekazać do zagospodarowania w międzyczasie je miesza. Już to uzasadnia wykluczenie na podstawie 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, skoro mamy do czynienia z rażąco niedbałym zachowaniem – nienależytym wykonaniem wcześniejszego zamówienia, o czym świadczy naruszenie istoty świadczenia przez podmiot, który zajmuje się odbiorem odpadów (mieszaniem na etapie transportu odpadów wcześniej posegregowanych).

Wedle informacji posiadanych przez Odwołującego w konsekwencji Gmina ta nałożyła z uwagi na nienależyte wykonywanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy na niego obowiązek zapłaty odszkodowania (w postaci kar umownych), przy czym naruszenia miały charakter długotrwały (kilkumiesięczny – w roku 2019, w szczególności w okresie od 1.07.2019 do 31.10.2019 r.). W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że spełniły się przesłanki konieczności wykluczenia wykonawcy na podstawie czy to art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i niezależnie w ramach pkt 7 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty z uwagi na treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Odnosząc się do ostatniego z zarzutów, wysuwanych jedynie z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, a tym samym do zarzutu nr 3, wskazania wymaga, że w niniejszej sprawie, gdyby Zamawiający dokonał jakiegokolwiek oceny finansowej złożonej przez tegoż wykonawcę oferty, z pewnością po jego stronie powinni być powstać wątpliwości odnośnie

tego, czy złożona oferta (jej istotne części składowe) pozwalają osiągnąć jakikolwiek zysk. Jakakolwiek analiza w tym zakresie musi bowiem budzić istotne wątpliwości, co do tego, czy zaoferowana cena (w tym za istotne części składowe) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Już jednak w pierwszych słowach należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający żadnej takiej analizy nawet nie starał się przeprowadzić – wszak gdyby zaczął to robić to niechybnie zauważyłby, że w ofercie wykonawca W. S. zaoferował wykonanie zamówienia przez przekazanie odpadów do „instalacji”, które w żaden sposób instalacji nie są (vide zarzut nr 1). Aby móc przeprowadzić analizę w tym zakresie (zbadać koszty transportu, które stanowią jeden z głównych elementów, które mają wpływ na cenę) konieczne jest ustalenie miejsc gdzie znajdują się instalacje.

Odnosząc się do badania samej ceny należy wyjść od podstawowej kwestii. Raz jeszcze przypomnieć należy iż zamówienie w ramach części 1 postępowania odnosi się do odbioru i zagospodarowania odpadów. W konsekwencji możemy uznać, że na cenę składają się dwa główne elementy, a to koszt zagospodarowania (przy czym ceny pomiędzy różnymi instalacjami się różnią, często nie są to jednak różnice istotne, innymi słowy możliwe jest ustalenie pewnej kwoty, poniżej której instalacje „nie zejdą” w ramach przyjmowania odpadów). Drugim głównym elementem jest kwestia „odbioru” odpadów. W konsekwencji kluczowe w tym zakresie są odległości między miejscem odbioru odpadów, tzw. bazą magazynowo-transportową (przepisy prawa nakładają w tym zakresie określone obowiązki prowadzenia takiej bazy i „nocowania” tam pojazdów – por. przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w szczególności jego §2) oraz instalacjami, w szczególności w okresie, gdy mamy do czynienia ze znaczącym wzrostem kosztów paliwa. Odwołujący wskazał, że wykonawca W. S. posiada bazę transportowo-magazynową położoną w Sławkowie przy ul. Strzemieszyckiej 20. Tak wynika m.in. z jego wpisów do CEiDG, gdzie jest to jedyny adres prowadzenia przez niego działalności gospodarczej w województwie małopolskim. Co więcej pod koniec 2021 r. między Stronami toczył się inny spór o uzyskanie zamówienia publicznego dot. Gminy Zielonki na 2022 r., gdzie osiłą sporu było to, że baza transportowo-magazynowa nie spełnia wymogów przewidzianych w ww. akcie prawnym (rozporządzeniu z 2013 r.). W trakcie tej sprawy W. S. wskazywał, że posiada bazę w Sławkowie przy ul. Strzemieszyckiej 20, przedstawiając w szczególności dokumenty, z których miało wynikać, że inne organy przeprowadzały kontrolę tej bazy i nie zauważyły tam (przy czym były to kontrole „zdalne”, bez obecności urzędników na miejscu) nieprawidłowości.

Odwołujący argumentował, że istotne jest to wskazanie, że W. S. posiada bazę w Sławkowie, która jest miejscowością dość daleko oddaloną od Czernichowa, z pewnością znacznie dalej niż odległość między Czernichowem a Krakowem, co też przekłada się na

czas pracy kierowców i obsługi „śmieciarek”. Jednocześnie, aby można było ustalić czas jazdy i odległość konieczna jest także wiedza, do jakich instalacji odpady mają być zwożone. Jak już była wcześniej mowa (zarzut nr 1) w niniejszej sprawie nie można tego ustalić, gdyż wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia (przekazywanie odpadów do konkretnych miejsc), które instalacjami nie są, ale Odwołujący będzie starał się pokazać w tym miejscu wyliczenia dla dwóch przypadków – pierwszy to wykorzystanie instalacji, która należy do W. S. (a więc takiej, która powinna być dla niego najtańsza z uwagi na możliwość pominięcia „marży”, która będzie miała miejsce w przypadku oddawania do cudzej instalacji). Instalacja ta jest położona w Dylakach. Drugą opcją, którą przyjął Odwołujący jest najbliższa instalacja dla bazy położonej w Sławkowie, a to instalacja należąca do BM Recykling sp. z o.o., która – jak już było to wskazywane – nie była podana w ofercie (zresztą obecnie stawiany zarzut jest czyniony wyłącznie z najdalej posuniętej ostrożności procesowej – w konsekwencji przyjęcie, że w ofercie znajduje się instalacja BM Recykling sp. z o.o. najbliższej położona z wszystkich, które można rozważać, jest bardziej zabiegiem teoretycznym, aby pokazać, że także i w takiej sytuacji mamy do czynienia z brakiem zysku po stronie W. S.).

Wyliczenia będą przy tym odnosiły się w pierwszej kolejności do odpadów zaliczonych do grupy III (wedle numeracji z oferty), a więc odpadów selektywnie zbieranych frakcji odpadów komunalnych, tj.: papier i tektura, opakowania ze szkła, metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielkomateriałowe. Z pewnością cena zaproponowana za ich odbiór i zagospodarowanie stanowi istotną część składową całej ceny, gdyż (w cenach brutto) cena w odniesieniu do tej grupy odpadów to kwota 815.360 zł przy całej ofercie w kwocie 4.234.055,80 stanowi ok. 20% całej ceny.

Wykonawca W. S. zaoferował za odbiór i zagospodarowanie takich odpadów kwotę w wysokości 829,63 zł netto za 1 tonę (Mg). Jednocześnie wykonawcy mają założyć, że do odbioru będzie 910 Mg przez całe 10 miesięcy (czas przez jaki usługa ma być świadczona). W konsekwencji daje to 91 Mg na miesiąc. Czyli w miesiącu przychód wykonawcy to 75.496,33 zł netto (przy czym do porównania należy przyjąć kwoty netto, to jest bez podatku VAT, gdyż ten przedsiębiorca ma obowiązek odprowadzić na rachunek organy podatkowego). Odwołujący wyjaśnił, że samochód maksymalnie załadowany zwozi jednorazowo ok. 1,4 Mg odpadów do zagospodarowania (do instalacji).

Odwołujący wyjaśnił, że ten rodzaj odpadów ma być zgodnie z SWZ odbierany co najmniej dwa razy w miesiącu z każdej nieruchomości. Dalej – jak wynika z dokumentów – Gmina jest podzielona na 10 sołectw. Racjonalnie jest zatem przyjąć, że mamy 20 dni roboczych w ciągu których będą odbierane odpady (każde sołectwo w inny dzień, w sumie przez 20 dni roboczych). Gdy podzielimy 91Mg na 20 dni – wychodzi nam, że konieczne jest odbieranie dziennie ok. 4,55 Mg. Daje to w sumie 3 w pełni zapakowane do granic

możliwości pojazdy (wyżej przedstawiony pojazd pokazuje jego zapakowanie masą ok. 1,4 Mg), które każdego z tych 20 dni muszą jeździć po Gminie i zbierać ten rodzaj odpadów.

Odwołujący argumentował, że po przybliżeniu tych wstępnych danych dalej zauważenia wymaga, że gdybyśmy przyjęli najbliższą instalację z podmiotów wskazanych w ofercie, która jest w stanie potencjalnie przyjąć takie odpady – jest to instalacja BM Recykling sp. z o. o. położona w Siemianowicach Śląskich. Instalacja ta jest oddalona od Gminy Czernichów o 72 km (jadąc najkrótszą trasą przez autostradę A4). Jednocześnie między instalacją a Bazą (Sławków) mamy ok. 30 km, a między Bazą a Gminą mamy 50 km. A jest to trasa, jaką pojazd taki musi pokazać każdego dnia (wszak wyrusza z Bazy, jedzie do Czernichowa, następnie po zebraniu odpadów jedzie oddać odpady do instalacji, po czym wraca z instalacji do bazy). Już sama ta trasa to 152 km dziennie. Trzeba jeszcze przyjąć, że pojazd również porusza się po terenie Gminy (zużycie paliwa ok. 20 km – jest to ciągły ruch pojazdu przez parę godzin zbierania odpadów na terenie zurbanizowanym). Można zatem przyjąć ok. 170 km dziennie dla 1 pojazdu. Skoro pojazdów są 3 mamy do czynienia z 510 km, co też daje w skali 20 dni roboczych 10.200 km. Średnie zużycie takiego pojazdu to 20l/100 km, a hurtowa cena paliwa netto to 6,65 zł. W konsekwencji mamy do czynienia z kosztem samego paliwa dla 3 pojazdów 13.566 zł netto.

Po drugie Odwołujący zwrócił uwagę na o koszty pracownicze. Do obsługi takiego pojazdu mamy 2 osoby – kierowcę i osobę, która wrzuca worki na pakę, a później pomaga z rozładowaniem pojazdu w instalacji. Dalej zauważenia wymaga, że za 10 miesięcy mamy 1.600h godzin pracujących dla 1 etatu (wyliczenia od lipca 2022 r. do kwietnia 2023 r. – na okres 10 miesięcy). Tyle, że każdy pracownik ma prawo do urlopu (przyjmując 26 dni, jak i również korzysta z L4 – dane GUS pokazują, że średnio w toku mamy 15 dni takiej nieobecności – <https://www.zus.pl/baza-wiedzy/statystyka/opracowania-tematyczne/absencja-chorobowa> - w formie opracowania pn. „Raport absencja chorobowa w 2020 r.”).

W konsekwencji w ciągu roku mamy 41 dni (328h, a więc 27,3h na miesiąc), za które trzeba znaleźć dla pracownika zastępstwo (przy czym skoro usługa ma być świadczona przez 10 miesięcy z 12 – średnio trzeba dodatkowo zapewnić 273h pracowników na zastępstwo dla 1 etatu).

Zdaniem Odwołującego należy też przyjąć, że czas pracy potrzebnej do przejechania trasy baza-Czernichów-instalacja (Siemianowice Śląskie) i powrót do bazy wraz z wszystkimi czynnościami przygotowującymi, ale w szczególności również z czynnościami zbierania odpadów na terenie Gminy zamyka się w 8h. Składa się na to przygotowanie pojazdu, czas jazdy od bazy do Czernichowa (1h), czas samej pracy na terenie Gminy (3-4h), czas jazdy do Siemianowic (1h), czas rozładunku w instalacji, czas jazdy z instalacji do bazy (0,5h), czyszczenie pojazdu i inne czynności (przy czym czasy jazdy są wedle Google Maps dla

samochodów osobowych – samochody większe gabarytowo nie mają takich osiągnięć), konieczne jest przewidzenie przerwy należącej pracownikowi zgodnie z przepisami prawa (0,5h). W konsekwencji oznacza to, że praktycznie na każdy samochód mamy do czynienia z koniecznością zaangażowania 2 osób na pełen etat, przy czym, z uwagi na dodatkową konieczność zapewnienia zastępstwa (273h na 10 miesięcy) mamy do czynienia z koniecznością zapewnienia na każdy etat 0,16 etatu „zastępczego” (273h z 1680h to ponad 16%).

Przenosząc to na wynagrodzenie – jak wiadomo minimalne wynagrodzenie wynosi 3.010 zł brutto, co daje tzw. całkowity koszt pracodawcy na poziomie 3.613 zł. Powiększenie tego o 16% daje 4.191 zł miesięcznie.

Odwołujący przypomniał, że na miesiąc potrzebne jest 6 pracowników (3 samochody) – a więc koszt pracowników to koszt 25.146 zł miesięcznie.

Odwołujący zaznaczył, że wyliczenia te są robione na zasadzie zatrudnienia wszystkich pracowników na wynagrodzeniu minimalnym, co też dany wykonawca musiałby wykazać. Już przyjęcie, że wynagrodzenie brutto będzie wyższe o 300 zł miesięcznie od minimalnego (3.310 zł), co daje kwotę 3.973 zł kosztu całkowitego pracodawcy (wszak pracodawca musi opłacać jeszcze szereg składek za pracownika) oznaczałoby, że taka kwota za 6 pracowników (z uwzględnieniem obowiązku zastępowania nieobecnych pracowników) to kwota 27.652,08 zł

W sumie jest to już zatem kwota 38.712 zł, a przy minimalnie wyższym wynagrodzeniu – suma kosztu samego paliwa i wynagrodzeń to kwota 41.218,08 zł – trudno przy tym uznać, aby osoby takie pracowały po minimalnym krajowych – wszak konieczne jest też zatrudnianie osób o wyższych kwalifikacjach – chociażby posiadających prawa jazdy wymaganych kategorii.

Następnie Odwołujący wskazał, że mamy do czynienia z kosztem zagospodarowania. Koszt zagospodarowania odpadów to kwota 390 zł netto. W konsekwencji w skali miesiąca mamy kwotę (91x390) 35.490 zł netto.

W sumie już te trzy rodzaje kosztów to kwota 74.202 zł przy wynagrodzeniu minimalnym a przy minimalnie zwiększonym wynagrodzeniu o 300 zł – byłaby to już kwota 76.708,08, przy całkowitej kwocie, jaka jest do wydania przez wykonawcę na poziomie 75.496,33 zł netto (jego przychód wyliczony z kwoty zaoferowanej przez W. S.)

Tyle, że jeszcze jest szereg kosztów do poniesienia (koszty ubezpieczeń, koszty zabezpieczeń, w tym wadium, koszty zakupu pojazdów – amortyzacja, i szereg innych). W konsekwencji już te proste wyliczenia pokazują, że niemożliwe jest osiągnięcie zysku w tym zakresie przez wykonawcę W. S. – zaoferowana przez niego cena jest w tym zakresie rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że wyliczenie to jest oparte o „najkorzystniejszą” z punktu widzenia odległości instalację dla wykonawcy W. S. – choć jak już zostało to wskazane wcześniej – wykonawca nie wskazał tej instalacji w ofercie (wskazał jedynie, że będzie przekazywał odpady do „instalacji” BM Recykling położonej w Andrychowiu, przy ul. Tkackiej, co jak już wcześniej zostało wskazane – nie jest instalacją, a siedzibą tej spółki, a dodatkowo – jak też zostało to już wskazane – W. S. w ogóle nie ma możliwości oddawania odpadów do instalacji tej spółki).

Odwołujący argumentował też, że można pokazać i inne wyliczenia, jeszcze bardziej niekorzystne dla W. S., tyle, że oparte o jego własną instalację położoną w Dylaki. Przede wszystkim bowiem w takiej sytuacji znacznie wydłuża się odległość – nie będzie to już ok. 170 km na pojazd, ale ok. 350 km (Dylaki – Czernichów to ok. 162 km, Czernichów-Baza to ok. 50 km, Dylaki – baza to ok. 120 km, ponadto ok 20 km jazdy na terenie gminy etc). Dla 3 pojazdów mamy zatem 1.050 km dziennie, a na miesiąc 21.000 km. Oznacza to zatem już sam koszt paliwa (6,65 zł netto) na poziomie 27.930 zł netto. W konsekwencji cena usługi byłaby w tym zakresie miesięcznie wyższa o ok. 14.350 zł netto niż wedle wcześniejszych wyliczeń.

W żaden sposób tej różnicy nie zmniejszy niższy koszt zagospodarowania we własnej instalacji (możliwość odjęcia „marży”) – przyjmując bowiem, że wówczas cena wynosiłaby nie 390, a 350 (40 zł jako marża na Mg, ponad 10% na Mg), pamiętając, że w ciągu miesiąca jest 91 Mg tego rodzaju odpadów do zagospodarowania – oszczędność w tym zakresie wynosiłaby 3.640 zł (przy, jak wyżej wskazano, wyższym koszcie paliwa o ponad 14.000 zł, nie mówiąc też o tym, że w takiej sytuacji znacznie wydłużyłby się czas jazdy, a więc i czas pracy osób, które obsługują pojazd – w końcu do przejechania byłoby ok. 180 km więcej, co oznaczałoby ok. 2h pracy więcej danego pracownika na dzień i związane z tym koszty). Tym samym w stosunku do powyższych wyliczeń (z poprzedniego punktu odwołania) musielibyśmy dodać przynajmniej 12.500 zł netto na miesiąc (z uwagi na większe wydatki na paliwo, pomniejszone o oszczędności związane z własną instalacją). Także więc i wyliczenia dla „własnej” instalacji pokazują jasno, że cena znacznie przewyższa kwotę zaoferowaną przez wykonawcę W. S. .

Odwołujący przekonywał, że analogicznie należy odnieść się do II grupy odpadów ujętych w ofercie, a to odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”). Udział tych odpadów w całości ceny to ok. 12,5%, a więc znów z całą pewnością można mówić o istotnej części składowej ceny.

Jeżeli chodzi o same wyliczenia to odpadów takich mamy do odbioru na 10 miesięcy 570 Mg, co daje 57Mg na miesiąc. Wykonawca W. S. zaoferował za tonę 858,33 zł netto, co daje przychód miesięczny 48 924,81 zł.

Jednocześnie, co wymaga podkreślenia, nie ma możliwości wywozu takich odpadów do instalacji (niewskazanej w ofercie) należącej do BM Recykling sp. z o.o. Jak bowiem wynika z pisma BM Recykling sp. z o.o. spółka nie ma wolnych w tym zakresie limitów.

Jeden pojazd jest w stanie odebrać ok. 2,8-2,9 Mg tego rodzaju odpadów. Z uwagi na to, że w ciągu miesiąca należy odebrać 57 Mg uzasadnia to kursowanie jednego pojazdu przez 20 dni roboczych. Daje to zatem 7.200 km na miesiąc.

W konsekwencji mamy przy cenie za paliwo 6,65 zł netto miesięczny koszt paliwa na poziomie 9.576 zł netto.

Koszt zagospodarowania tego rodzaju odpadów to 500 zł netto za Mg. W konsekwencji na miesiąc jest to zatem koszt 28.500 zł. Sumując zatem koszt paliwa i koszt oddania takich odpadów do zagospodarowania mamy kwotę 38.076 zł.

1 pojazd to 2 osoby (kierowca i ładowacz). Z uwagi na odległość do instalacji i pracę zespołu ok 4-5h na terenie samej Gminy na dzień pracy (aby zebrać te 2,8-2,9 Mg odpadów), włączając w to wszelkie elementy wymagane (oddanie odpadów do instalacji, czas przygotowania się do pracy etc.) mamy ok. 11h roboczych na jeden kurs (składa się na to m.in. dojazd z bazy do Czernikowa – 1h, czas pracy na terenie Gminy 4-5h, czas jazdy do instalacji to ok 2h, czas jazdy instalacja baza to ok 1,45h, czas przerw 0,5h, czas rozładunku w instalacji, inne czynności przygotowawcze – przy czym znów czasy te są wedle Google Maps dla samochodów osobowych – samochody większe gabarytowo takie same trasy pokonują w dłuższym czasie).

Znów przyjmując minimalne wynagrodzenie miesięczne 3.010 brutto (3.613 zł kosztu całkowitego pracodawcy), uwzględniając L4 i urlopy (powiększenie o 16%), zauważając, że czas pracy jest dłuższy (8h nie wystarcza na taki kurs, potrzebne jest 11h, co znów prosto przekłada się na konieczność zaangażowania większej liczby pracowników o 37,5%, aby objąć te dodatkowe 3h) mamy do czynienia z kosztem miesięcznym na poziomie 11.525,47 zł (minimalne wynagrodzenie w ujęciu kosztu całkowitego pracodawcy powiększone o 37,5% z uwagi na 3 dodatkowe godziny i o 16% z uwagi na L4 i urlopy pomnożone przez ilość etatów).

Jednakże znów o wiele bardziej rozsądne jest uznanie, że trudno znaleźć pracownika, który ma chociażby określone prawo jazdy za minimalne wynagrodzenie. Dodając zatem znów 300 zł do kwoty minimalnej (3.310 zł brutto) mielibyśmy 3.973 zł kosztu całkowitego pracodawcy, co daje nam na miesiąc kwotę 12.673,87 zł

W konsekwencji dochodzimy do kwoty 49.601,47 zł, przy przyjęciu minimalnego wynagrodzenia, a już przy minimalnym podwyższeniu tej kwoty wynagrodzenia (co jest jak najbardziej uzasadnione) mamy sumaryczny koszt na poziomie 50.749,87 zł, przy przychodzie miesięcznym 48 924,81 zł.

Tyle, że znów – w powyższym mamy jedynie 3 rodzaje kosztów – wynagrodzenie, paliwo i zagospodarowanie. A przecież wydatków jest znacznie więcej – np. koszt pojazdu, a więc tzw. koszt amortyzacji, koszty związane z ubezpieczeniem, w tym OC, koszty związane z BHP, naprawy, koszty czyszczenia pojazdów, koszty pośrednie etc.

Znów pokazuje to, że niemożliwe jest przyjęcie takiej wyceny – już takie proste wyliczenia pokazują, że wyliczone kwoty kosztów przewyższają zaoferowaną cenę, a tym samym, że są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i winny budzić poważne wątpliwości po stronie Zamawiającego co do możliwości wykonania w tej cenie przedmiotu zamówienia zgodnie z tym, jak powinno być ono zrealizowane.

Na koniec przypomnienia wymaga, że z całą pewnością tak udział 12,5%, czy udział 20% danej pozycji w skali całej ceny wskazuje, że mamy do czynienia z istotnymi częściami składowymi. Poglądy takie w pełni podziela Izba – przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. KIO 3333/21 odwołujący wskazywał na istotne znaczenie pozycji (postępowanie również dotyczyło odbioru i zagospodarowania odpadów), które miały następujące udziały w całej cenie 3,02%, 11,6%, 3,9% czy 8,9%. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny w postaci ww. kategorii odpadów był w pełni zasadny, jednakże z uwagi na uwzględnienie dalej idącego zarzutu wskazała to jedynie w uzasadnieniu wyroku. Podobnie w wyroku KIO 2678/18 Izba uznała 7% udział w cenie jako istotną część składową.

W konsekwencji także i ten zarzut, poczyniony z najdalej posuniętej ostrożności jest w pełni zasadny.

Kluczowe jednak w ocenie Odwołującego jest to, że oferta W. S. winna zostać odrzucona – zaoferował on wszak wykonanie umowy w miejscach, które nie są instalacjami, podczas, gdy jak jasno wynika z oferty, w tym miejscu oferty wskazuje się wyłącznie instalacje, gdzie trafią odpady celem ich zagospodarowania. W konsekwencji zaoferował on wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami, co uzasadnia konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W złożonej 28 czerwca 2022 r. (email) odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

15 czerwca 2022 r. wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. z siedzibą w Częstochowie (dalej: Przystępujący) przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu oraz złożone dowody rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Przystępujący skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN Izba ustaliła, że wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 4 572170,50 zł, co stanowi równowartość 1 026 623,52 euro. Uwzględniając podział zamówienia na części, wartość części I wynosi 4 530 320,50 zł, co stanowi równowartość 1 017 226,63 euro. Część II została oszacowana na 41 850,00 zł, co stanowi równowartość 9 396,89 euro. W tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa”, została ustalona na kwotę 1 143 042,63 zł, co stanowi równowartość 256 655,88 euro.

Przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 4 937 944,14 zł brutto, w tym w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, kwotę na sfinansowanie:

część I w wysokości: 4 892 746,14 zł brutto

część II w wysokości: 45 198,00 zł brutto

Do upływu terminu składania ofert, złożono następujące oferty w zakresie części I zamówienia:

I.p	Nazwa, adres i NIP Wykonawcy	Cena
1	Usługi Komunalne Krzeszowice Sp. z o.o., Franciszka Kulczyckiego 1, 32-065 Krzeszowice, NIP: 676-10-15-691	5 600 570,00 zł
2	Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa NIP: 573-025-01-43	4 234 060,00 zł 4 234 055,80 zł
3	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. Ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków NIP: 679-000-95-98 / CEiDG	4 846 554,00 zł
4	Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. ul. Barska 12, 30-307 Kraków, Nip: 6762460430	4 582 710,00 zł

Jak wynika z pkt 3.5 SWZ, Zamawiający przewidział zastosowanie procedury przewidzianej w art. 139 ustawy Pzp.

Z pkt 4.2 SWZ wynika, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia oraz Załącznik nr 10 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy.

Na podstawie SWZ ustalono również, że „Zamawiający wymaga aby pracownicy Wykonawcy/Podwykonawcy wykonujący czynności niezbędne do realizacji zamówienia tj. operatorzy śmieciarek, kierowcy, osoby wykonujące prace fizyczne związane z odbieraniem spod posesji, transportem, przyjmowaniem, ważeniem, sortowaniem, kompostowaniem

odpadów, osoby wykonujące prace fizyczne związane z obsługą PSZOK, w tym ważeniem odpadów, prowadzeniem ewidencji przyjmowanych odpadów oraz pomoc przy rozładunku odpadów przywożonych przez mieszkańców, zatrudnieni byli na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku -Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2020roku,poz. 1320)", (vide: pkt 4.5.2.SWZ).

Z pkt 6.1 SWZ wynika, że Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało zrealizowane w terminie 10 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Na podstawie Załącznika nr 1 do SWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dalej: „SOPZ”) Izba ustaliła, że na odpady komunalne, które będą odbierane i zagospodarowane w ramach zamówienia składa się pięć grup odpadów:

- 1) grupa I – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- 2) grupa II – odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów („bio”),
- 3) grupa III – selektywnie zbierane frakcje odpadów komunalnych („papier”, „szkło”, „metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe”),
- 4) grupa IV – odpady wielkogabarytowe, oraz pozostałe odpady komunalne zbierane selektywnie odpady budowlane i rozbiórkowe,
- 5) grupa V – leki przeterminowane.

Zamawiający poinformował również wykonawców, że rodzaje odpadów przypisane do poszczególnych grup zostały wymienione w Rozdziale III, a szczegółowe zasady ich odbierania i zagospodarowania określono w Rozdziałach IV-VI.

Na podstawie pkt X. Szczegółowe wymagania stawiane Wykonawcom SOPZ, Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał:

„12. Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych zapewniających przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t. j. Dz.U. 2020 poz. 797].

13. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane w ramach zamówienia odpady komunalne.

14. Wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia w sposób zapewniający spełnienie wymogów określonych w art. 3b (w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2020

r.) oraz art. 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [t. j. Dz.U. 2019 poz. 2010], wraz z aktami wykonawczymi.”

Na podstawie Załącznika nr 10 do SWZ (projektowane postanowienia umowy, dalej: „PPU”), Izba ustaliła, że jak wynika z §4 ust. 2 pkt 3:

„Przez cały okres realizacji zamówienia Wykonawca winien spełniać następujące wymagania: (...)

3) Posiadanie umowy z Instalacją Komunalną na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, bioodpadów oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych lub dokumentów poświadczających, że Wykonawca jest właścicielem lub współwłaścicielem Instalacji Komunalnej. W przypadku zamiaru zmiany Instalacji Komunalnej przez Wykonawcę w trakcie realizacji umowy, Wykonawca winien uzyskać pisemną akceptację Zamawiającego odnośnie zamierzonej zmiany. Zamawiający nie zaakceptuje nowo wybranej Instalacji Komunalnej, jeżeli zaproponowana Instalacja w dniu zgłoszenia zamiaru dokonania zmiany nie została wpisana na listę instalacji komunalnych, o której mowa w art. 38b ust. 1 ustawy o odpadach przez właściwego marszałka województwa.”

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SWZ wskazał, że o udzielenie tego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, który nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 1, 4, 5 i 7 ustawy Pzp (*vide*: pkt 7.1.1.2 SWZ).

Na podstawie Formularza oferty złożonego przez Przystępującego, Izba ustaliła, że w pkt 3 tego formularza Przystępujący wskazał następujące instalacje, w tym instalacje komunalne:

„Eko-Region” Sp. z o. o.,97-400 Bełchatów, ul. Bawełniana 18,

Remondis Opole ul. Podmiejska 69 , 45-574 Opole

K. RECYKLING Sp. Akcyjna, ul. Klonowa 58, 42-700 Lubliniec;

Zakład Segregacji Odpadów Budowlanych i komunalnych 46-043 Dylaki ul. Ozimska 1a

Remondis Częstochowa ul. Wielkopiecowa 16, 42-200 Częstochowa

Wywóz Nieczystości oraz Przewóz ładunków W. S. ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa

EKO-ABC Sp. z o.o.,97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7;

AP-Logic Sp. z o. o., ul. Łaska 77, 98-220 Zduńska Wola

TOMAD F. D., ul. Kolejowa 39, 32-332 Bukowno

BM RECYKLING Sp. z o. o. 34-120 Andrychów, ul. Tkacka

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

(...)

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia w ramach części I postępowania oferty Przystępującego z uwagi na wskazanie w pkt 3 Formularza oferty 4 instalacji, które w rzeczywistości nie są instalacjami.

Zarzut został oddalony z następujących powodów. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, przy czym niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia określonego w SWZ, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że w SWZ Zamawiający opisuje wymagania co do przedmiotu zamówienia. Wymagania te muszą być opisane w sposób jasny i precyzyjny, gdyż pozwala to zmniejszyć ryzyko zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. W konsekwencji niezawarte w SWZ oczekiwania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia nie mogą być uwzględnione w procesie badania i oceny ofert wykonawców.

Jak wynika z treści pkt 3 Formularza oferty złożonego przez Przystępującego wskazał on 10 lokalizacji. Odwołujący w treści zarzutu zakwestionował 4 wskazane lokalizacje co oznacza, że 6 pozostałych lokalizacji nie budzi wątpliwości Odwołującego. Jak zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie wskazał on w treści SWZ minimalnej liczby instalacji, jaką należy wskazać w treści Formularza ofertowego. Sam Odwołujący w treści zarzutu również nie podnosił, aby taki wymóg został sformułowany oraz aby wobec zakwestionowania 4 wskazanych lokalizacji pozostałych 6 adresów było niewystarczających dla uznania zgodności treści oferty z treścią SWZ. Innymi słowy istotną zarzutu jest twierdzenie, zgodnie z którym skoro nie wszystkie wskazane przez Przystępującego instalacje są w rzeczywistości instalacjami, bądź też Przystępujący nie wskazał dokładnie adresów instalacji lecz podał adres siedziby podmiotu prowadzącego instalacje, oferta jest niezgodna z treścią SWZ i wobec tego powinna zostać odrzucona.

Zauważyć w tym miejscu należy, że jak wynika z treści pkt 3 wzoru Formularza oferty wykonawcy mieli wskazać w tym miejscu „nazwę i adres instalacji, w szczególności instalacji komunalnych”. Powyższe stanowiło realizację przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz.U. Nr 132, poz. 622) o utrzymaniu porządku i czystości w gminach tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297), zgodnie z którym „wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich

ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady; (...)". Zatem Izba nie ma wątpliwości co do tego, że celem wypełnienia pkt 3 Formularza oferty było wskazanie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady i w tym kontekście należy interpretować termin „instalacja” wskazany w pkt Formularza oferty. Jednak dotrzeć należy, że przepis w przypadku odpadów zbieranych selektywnie, w zakresie ich niewielkiej ilości dopuszcza również wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Odwołujący z 10 wskazanych przez Przystępującego adresów, zakwestionował tylko 4. Przy czym Izba miała na uwadze, że co do tych 4 lokalizacji zarzut sprowadzał się do twierdzenia, że dwa z podmiotów prowadzi instalacje (jeden z tych podmiotów wypowiedział Przystępującemu umowę), lecz pod innymi adresami niż wskazane w pkt 3 Formularza oferty Przystępującego oraz że zostały wskazane dwie lokalizacje podmiotów, które w ogóle instalacji nie prowadzą, lecz zajmują się zbieraniem odpadów.

Przystępujący w swoim stanowisku procesowym wyjaśnił, że opierając się na definicji „instalacji” zawartej w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz.U. Nr 62, poz. 627) Prawo o ochronie środowiska tj. z dnia 29 września 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973), gdzie z art. 3 pkt 6), podał w treści pkt 3 Formularza oferty oprócz instalacji komunalnych, „również „zbierających” posiadających stosowne decyzje w tym zakresie i prowadzących instalację nie posiadającego statusu instalacji komunalnej” (*vide*: str. 2 pisma z 30 czerwca 2021 r. roku). Takim podmiotem, jak wynika z treści odpisu KRS załączonego do odwołania jest AP-Logic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zduńskiej Woli. Takim miejscem jest również adres działalności Przystępującego przy ul. Bór 169 w Częstochowie. Bez znaczenia w ocenie Izby jest okoliczność, czy Przystępujący słusznie oparł się na ww. definicji instalacji, skoro już sam art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie dopuszcza możliwość wskazania podmiotów zajmujących się zbieraniem odpadów. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy skoro wykonawca oprócz wymaganych instalacji podał również dane innych niż prowadzących instalacje podmiotów, tj. wskazał podmioty mające pozwolenie na zbieranie odpadów, to czy jest takie postępowanie niezgodne z treścią SWZ.

W pkt X Szczegółowe wymagania stawiane wykonawcom, pkt 12 SOPZ Zamawiający wskazał: „12. Wykonawca jest zobowiązany do przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych zapewniających przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t. j. Dz.U. 2020 poz. 797].”. Jak wynika z treści art. 36 ust. 6 ustawy o odpadach „Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1,

spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki (...). Zatem w ocenie Izby z treści SWZ wynika bezspornie wymóg przekazania do instalacji komunalnych zapewniających przetwarzanie tylko wobec niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (grupa I). W pkt 19 SOPZ zostały również zawarte wymagania co do grupy II, zgodnie z którym: „Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odebranych odpadów ulegających biodegradacji (grupa II) w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [t. j. Dz.U. 2020 poz. 797 z późn. zm.] dochowując należytej staranności, aby możliwie wszystkie odpady z tej grupy zostały poddane procesowi recyklingu.”. Wobec pozostałych grup odpadów nie sprecyzowano tego rodzaju szczególnych wymagań. Zresztą sam art. 6d ust. 4 pkt 5 powołanej wyżej ustawy o utrzymaniu czystości (...) dopuszcza taką możliwość we wskazanych tak okolicznościach. Oznacza to, że w świetle SWZ wykonawca był uprawniony do korzystania z pośredników, tj. podmiotów nieprowadzących instalacji komunalnych, co do innych rodzajów odpadów.

W obliczu powyższych ustaleń nie można w ocenie Izby uznać, że skoro w treści pkt 3 Formularza oferty wykonawca wskazał oprócz instalacji komunalnych również podmioty które takich instalacji nie prowadzą, to jego oferta jest niezgodna z treścią SWZ. Wykonawca bowiem w treści pkt Formularza oferty wskazał 6 innych lokalizacji, których Odwołujący nie kwestionował. Natomiast zauważyć też należy, że pkt 3 Formularza oferty był tak skonstruowany, że nie pozwał na jednoznaczne ustalenie która grupa odpadów będzie oddawana do danej lokalizacji, bowiem należało podać tylko same instalacje bez przypisania do nich poszczególnych kodów odpadów. Ponadto wskazanie podmiotów zbierających odpady było dozwolone w świetle SWZ.

Odnosząc się do tej części zarzutu, która dotyczyła wskazania przez Przystępującego zamiast adresów poszczególnych instalacji, adresu zarejestrowania działalności, w ocenie Izby kwestia ta podlega wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie stanowi o niezgodności treści oferty z SWZ.

W zakresie natomiast wykazania przez Odwołującego, że z jeden z kwestionowanych przez niego podmiotów rozwiązał z Przystępującym umowę po złożeniu oferty w postępowaniu, w ocenie Izby nie ma przeszkód do ewentualnego zastąpienia tego podmiotu innym na etapie realizacji zamówienia. Sam Zamawiający przewidział w treści projektowanych postanowień umowy taką możliwość.

Reasumując, w ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał sprzeczności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Przystępujący bowiem w pkt 3 w Formularzu oferty wskazał również inne których Odwołujący nie kwestionował, a Odwołujący nie wykazał, że są one niewystarczające do prawidłowej realizacji zamówienia. Natomiast z samego faktu wskazania w pkt 3 Formularza oferty przez Przystępującego oprócz instalacji komunalnych, również dodatkowo podmiotów zbierających

odpady nie można wywodzić niezgodności treści oferty z treścią SWZ, wobec braku w treści SWZ stosownego zakazu co do oddawania odpadów z innych grup niż grupa I do tego rodzaju podmiotów, a także z uwagi na treść art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach.

W tym miejscu Izba wskazuje również, że z uwagi na odmiennność stanu faktycznego w sprawie o sygn. akt KIO 3333/21 wnioski płynące z tego rozstrzygnięcia nie mają, wbrew stanowisku Odwołującego, zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Ad zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5, jak i niezależnie pkt 7, Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie w ramach 1 części postępowania wykluczenia Przystępującego.

Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Mając na uwadze brzmienie ww. przepisu, w celu jego zastosowanie konieczne jest wykazanie kumulatywne wystąpienie przesłanek w nim wskazanych. Należy zatem wykazać, że zachowanie miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w wyniku prowadzonego zamówienia publicznego. Po drugie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Po trzecie, naruszenie musi być zawinione przez wykonawcę, tj. przez działanie zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Wskazać przy tym należy, że nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie które ma charakter kwalifikowany, muszą być to takie naruszenia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji ocena wymaga odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (*vide*: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2706/21).

Natomiast jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Z powyższego wynika, że dla zastosowania

ww. podstawy wykluczenia konieczne jest wykazanie łączne wystąpienie przesłanek w nim wskazanych. Oznacza to że nie każde nienależyte wykonanie umowy będzie skutkowało zastosowaniem ww. przepisu lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zwrócić przy tym uwagę należy, że podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Wykazania jednak wymaga, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich.

Mając na uwadze powyższe rozważania natury ogólniej, stwierdzić należy, że oceniając zasadność zarzutu w przedmiocie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp przez zaniechanie zastosowania tych przepisów, odwołujący powinien wykazać w sposób niewątpliwy, że zaszły przesłanki, o których mowa w tych przepisach, co nie miało miejsca w tym postępowaniu odwoławczym i w konsekwencji przesądziło o oddaleniu zarzutu.

Nie zostało w ocenie Izby wykazane w sposób niewątpliwy, że do naruszenia doszło z winy wykonawcy albo przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wątpliwą jest też kwestia odszkodowania. Nie sposób również ocenić stopnia nienależytego wykonania. Choć z dowodu załączonego do odwołania, tj. pisma Urzędu Gminy Jerzmanowice – Przegonia wynika, iż nienależyte wykonanie umowy miało miejsce na przestrzeni 4 miesięcy oraz że w wyniku przeprowadzonych przez tą Gminę kontroli stwierdzono nieprawidłowości w wykonaniu umowy tj. mieszanie odpadów, to zauważyć należy, że ze złożonego przez Przystępującego w czasie rozprawy dowodu 1 tj. nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym wynika, że sąd uznał, iż zasadne jest wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. Z ww. pisma Gminy wynika ponadto, że zostały sporządzone protokoły kontroli oraz że wykonawca był wzywany do wyjaśnień, tego rodzaju dowody nie zostały w tym postępowaniu odwoławczym Izbie przedstawione. Opierając się na przedstawionym przez Odwołującego i Przystępującego materiale dowodowym Izba doszła do przekonania, że nie można na jego podstawie w sposób niewątpliwy przesądzić, że w tej sprawie zastosowanie ma art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, że wypełnienie przesłanek, o których mowa w ww. przepisach ustawy skutkuje zastosowaniem wobec wykonawcy najdotkliwszej sankcji w postaci jego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z postępowania, dlatego w ocenie składu orzekającego

decyzja taka powinna zostać podjęta w oparciu o dowody w wysokim stopniu wykazujące kumulatywne zaistnienie omawianych przesłanek. W tym postępowaniu Odwołujący przedstawił dwa dowody pochodzące od strony sporu, tj. odbiorcy usług gminy Jerzmanowice – Przegonia, natomiast Przystępujący przedstawił wydany przez sąd nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym. Izba ma na uwadze, że spór wynikły w związku z zaskarżeniem tego nakazu przez Gminę może zakończyć się przegraną Przystępującego oraz fakt zaistnienia sporu nie ma znaczenia dla ewentualnego zastosowania przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, gdyż mimo zaistnienia sporu nadal możliwe jest wykazanie zaistnienia tych przesłanek. Jednak podkreślić należy, że nie ma to miejsca w tym postępowaniu odwoławczym, gdyż zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na przesądzenie w sposób niewątpliwy, że w tym postępowaniu powinno dojść do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Ad zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w ramach części 1 postępowania w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zaoferowanej ceny za tzw. grupę II i III odpadów.

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. Odwołujący wskazał, że udział tych pozycji w skali całej ceny wynosi odpowiednio 12,5% oraz 20%. Są to zatem istotne części składowe ceny. Jak wynika z treści formularzy ofertowych tak Odwołującego jak i Przystępującego, Przystępujący za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów z grupy II zaoferował cenę 858,33 zł netto, Odwołujący zaoferował 950 zł netto. Natomiast za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów z grupy III Przystępujący zaoferował cenę 829,36 zł netto, a Odwołujący 950 zł netto.

W celu uzasadnienia zarzutu Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów i za pomocą tak skonstruowanej argumentacji próbował wykazać, że zaoferowana przez Przystępującego cena za II i III grupę odpadów jest wątpliwa. W piśmie procesowym z 30 czerwca 2022 r., w odpowiedzi na argumentację Odwołującego, Przystępujący przedstawił swoją kalkulację. W tym miejscu Izba wskazuje, że wyjaśnienie rażąco niskiej ceny ma co do zasady miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak w postępowaniu odwoławczym to na zamawiającym bądź na wykonawcy, którego cena ofertowa jest kwestionowana spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wynika to wprost z treści art. 537 ustawy Pzp, który stanowi, że: „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;

2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.”

Z tego powodu Izba nie mogła się przychylić do wniosku Odwołującego o pominięcie stanowiska Przystępującego. W ocenie Izby Przystępujący wykazał, że w świetle SWZ możliwe jest przyjęcie odmiennych od zaprezentowanych przez Odwołującego założeń co do realizacji przedmiotu umowy, w tym możliwe jest odbieranie różnych grup odpadów podczas jednego kursu odpowiednio przystosowanymi do tego pojazdami. Przystępujący wykazał wobec tego, że w zależności od przyjętych na potrzeby kalkulacji założeń kwestionowane przez Odwołującego koszty mogą przedstawiać się w inny sposób niż pokazał to Odwołujący w treści zarzutu. Odwołujący przedstawił jedną z możliwych kalkulacji, przy poczynionych przez siebie założeniach, które jak wykazał Przystępujący nie są zbieżne z jego założeniami, dlatego też argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie mogła przesądzić o uwzględnieniu odwołania w tym zakresie. Należy mieć bowiem na uwadze, że każdy z wykonawców w granicach wyznaczony SWZ miał pewną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia (w zakresie częstotliwości odbioru, czy możliwości jednoczesnego odbioru odpadów z różnych grup), co mogło mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty.

Jak wspomniano wcześniej, Izba nie podważa, że zakwestionowane przez Odwołującego pozycje dotyczące grupy II i III odpadów są istotnymi częściami składowymi ceny, ale jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał aby wątpliwym było wykonanie zamówienia przez Przystępującego za zaoferowaną cenę. Nie jest takim dowodem kalkulacja własna Odwołującego, która została wykonana w oderwaniu od sytuacji Przystępującego oraz z zastosowaniem innej metodologii.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 i §5 pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: