

Sygn. akt: KIO 707/21

WYROK
z dnia 30 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni,**

przy udziale wykonawcy **KOMA Olsztyn Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16 i 17;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Sp. z o.o. i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Sektor I, III i IV*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 243-602092.

W dniu 5 marca 2021 r. wykonawca Remondis Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności:

- wyboru w częściach II i III zamówienia oferty Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., R. L. Usługi Transportowe (dalej: Konsorcjum PUK), zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty;
- wyboru w części I zamówienia oferty Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych Sanipor Sp. z o.o. (dalej: Sanipor), zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- w odniesieniu do Konsorcjum PUK:
 - 1) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 5, 6 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK podczas, gdy w formularzu oferty Konsorcjum brak było informacji, do której instalacji komunalnej/podmiotu zbierającego odpady będą przekazywane odpady wskazane w pkt 2 i 4-10 Tabeli 1 SOPZ, a więc również podana cena nie uwzględnia wszystkich elementów zamówienia;
 - 2) art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 w zw. z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 58 §1 i 2 w zw. z art. 5 Kc, poprzez wybór oferty Konsorcjum

PUK podczas, gdy Lider Konsorcjum jest spółką komunalną, która nie może działać poza terytorium administracyjnym gminy (będącej jej właścicielem);

- 3) art. 7 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum podczas, gdy cena realizacji usługi przez Konsorcjum PUK na części II i III zamówienia budzi wątpliwości pod kątem rażącej niskości, o w konsekwencji powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 4) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy w oświadczeniach wskazanych w załącznikach 3a do SIWZ żaden z konsorcjantów nie wskazał ilości odebranych odpadów w ciągu następujących po sobie, kolejnych 12 miesiącach (lecz w dłuższych okresach czasu);
- 5) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy Lider Konsorcjum nie przedłożył referencji na realizację zadania w Gdyni, co powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum do ich złożenia (względnie udzielenia wyjaśnień), a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
- 6) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy żaden z członków Konsorcjum nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, co powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
- 7) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 15 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z §5 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy przedłożone przez obu konsorcjantów zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu

składek nie zawierają podpisu elektronicznego pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczeń, co powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania;

- 8) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 3a w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 60 w zw. z art. 58 §1 i 2 KC, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy złożona przez Konsorcjum dokumentacja zawiera błędne oznaczenia Partnera Konsorcjum, budzące wątpliwość odnośnie faktycznej tożsamości Partnera Konsorcjum, co powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum;
- 9) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 13 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w zw. § 5 pkt 1 rozporządzenia, poprzez wybór oferty Konsorcjum PUK, podczas gdy w zaświadczeniach KRK Lidera Konsorcjum brak jest wskazania podstawy prawnej z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, co powinno prowadzić do wezwania Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Konsorcjum oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
- w odniesieniu do wykonawcy Sanipor:
- 10) art. 7 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy cena realizacji usługi przez Sanipor na część I oraz III zamówienia budzi wątpliwości pod kątem rażącej niskości, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do złożenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty;
- 11) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 25a w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy w dokumentacji udostępnionej przez zamawiającego brak jest dokumentu JEDZ Sanipor jako złożonego wraz z ofertą, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do złożenia dokumentu, a w razie jego braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Sanipor oraz wykluczenia Sanipor z postępowania;
- 12) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 15 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy przedłożone zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zostało wydane przez niewłaściwego

naczelnika urzędu skarbowego, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Sanipor oraz wykluczenia Sanipor z postępowania;

- 13) art. 7 w zw. z art. 45 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy przelew bankowy (celem wniesienia wadium) został zlecony 22 stycznia 2021 r., a termin składania ofert ustalono na kolejny dzień roboczy (25 stycznia 2021 r.), przez co powstaje wątpliwość odnośnie faktycznego zaksięgowania przelewu na rachunku zamawiającego przed upływem terminu składania ofert;
- 14) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 3a w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 60 w zw. z art. 58 §1 KC, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy Sanipor nie dołączył do oferty wydruku informacji z KRS umożliwiającego ocenę prawidłowości pełnomocnictwa udzielonego na rzecz pełnomocnika Sanipor, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Sanipor;
- 15) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 36a ust. 1 w zw. z art. 36b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy Sanipor nie wskazała w sposób jednoznaczny zakresu oraz rodzaju przedmiotu zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty Sanipor;
- 16) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 15 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 3 rozporządzenia, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy przedłożone zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek nie zawiera podpisu elektronicznego pracownika ZUS, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Sanipor oraz wykluczenia Sanipor z postępowania;
- 17) art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 4 w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 13 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w zw. § 5 pkt 1 rozporządzenia, poprzez wybór oferty Sanipor, podczas gdy w zaświadczeniach KRK brak jest wskazania podstawy prawnej z art. 24 ust. 1 pkt 13 lub 14 ustawy Pzp, co powinno prowadzić do wezwania Sanipor do udzielenia wyjaśnień, a w razie ich braku lub wątpliwości, do odrzucenia oferty Sanipor oraz wykluczenia Sanipor z postępowania.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PUK w częściach II i III oraz wykonawcy Sanipor w części I;
- wykluczenia Konsorcjum PUK oraz wykonawcy Sanipor z postępowania;
- odrzucenia oferty Konsorcjum PUK w części II i III oraz oferty wykonawcy Sanipor w części I.

Na wypadek stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty prowadzące do odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum i Sanipor nie zasługują na uwzględnienie, Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na jego niedającą się usunąć wadę. Zdaniem Odwołującego wada postępowania polega na takim określeniu wymaganej treści składanych ofert, które skutkują brakiem możliwości ich porównania, gdyż Zamawiający wadliwie ustalił formularz oferty, w sposób pozwalający na dowolne określanie przez wykonawców biorących udział w zamówieniu zakresu i sposobu realizacji własnego zobowiązania oraz w sposób dopuszczający niezgodność ofert z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to jest art. 6f ust. 1a pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący podniósł, że skutek powyższej wadliwości zmaterializował się dopiero po złożeniu ofert, a o jego wystąpieniu świadczy treść złożonych ofert i działanie zamawiającego polegające na dokonaniu oceny ofert i wyborze ofert dla poszczególnych części zamówienia. Na wypadek uwzględnienia zarzutu nieważności za zasadny, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zarzut 1 oraz zarzut nieważności postępowania

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zał. nr 5 do SIWZ (OPZ), zamawiający wymaga zagospodarowania w ramach realizacji zamówienia następujących rodzajów odpadów:

Lp.	Rodzaje odpadów
1	niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - pozostałości po segregacji
2	szkło
3	papier
4	tworzywa sztuczne i metale, w tym opakowania wielomateriałowe
5	popiół z domowych palenisk
6	meble i inne odpady wielkogabarytowe

7	zużyte opony
8	odpady stanowiące części roślin pochodzące z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy zbierane odrębnie od pozostałych bioodpadów - odpady zielone
9	odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone - odpady BIO kuchenne
10	naturalne drzewka świąteczne

Stosownie pkt. III do Formularza Ofertowego, wykonawcy powinni wskazać „instalacje lub podmioty zbierające odpady (wyłącznie w przypadku przekazywania im niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do instalacji komunalnej) do których przekazywane będą odpady objęte przedmiotem zamówienia”.

Lp.	Rodzaj przekazywanego odpadu (zgodnie z Tabelą 1 SOPZ)	Nazwa i adres instalacji komunalnej lub podmiotu zbierającego odpady
-----	--	--

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum PUK wskazało jedynie miejsce zagospodarowania odpadów dla zmieszanych odpadów komunalnych oraz papieru (kod 15 01 01), nie wskazało natomiast miejsca zagospodarowania (lub przekazania) dla pozostałych 8 (z 10) rodzajów odpadów objętych zamówieniem. Powyższe powoduje, że:

- brak jest możliwości przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta Konsorcjum obejmuje (legalne) zagospodarowanie/postępowanie z nieuwzględnionymi w formularzu ofertowym rodzajami odpadów, oraz
- brak jest możliwości przyjęcia przez Zamawiającego, że cena oferty wskazana w formularzu ofertowym obejmuje zagospodarowanie/przekazanie nieuwzględnionych w tym formularzu rodzajów odpadów.

Odwołujący powołał się na art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności: instalacje; w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Odwołujący podał, że wskazanie instalacji, w której będą zagospodarowane odpady stanowi więc przedmiotowo istotny element umowy na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Brak określenia tego elementu prowadzi do nieważności umowy –

art. 58 §3 KC (Wyrok SN sygn. akt II CKN 726/00). Powyższy, ustawowy obowiązek, ma głębokie uzasadnienie faktyczne, gdyż umożliwia zamawiającemu m.in. weryfikację, czy przekazywane odpady będą zagospodarowywane legalnie, tj. przez instalacje posiadające właściwe uprawnienia do przyjmowania (zagospodarowania) danego rodzaju odpadów oraz zgodnie z zasadą bliskości (wyrażoną w art. 20 ustawy o odpadach). Na etapie przetargu koniecznym jest zatem również wskazanie powyższych instalacji, gdyż na tej podstawie zamawiający może dokonać oceny zgodności oferty z SIWZ, to jest:

- czy oferta przewiduje przekazanie odpadów do zagospodarowania do instalacji posiadającej odpowiednie pozwolenia, w tym dedykowane do zagospodarowania danej frakcji odpadów,
- czy oferta przewiduje zagospodarowanie odpadów zgodnie z zasadą bliskości, jak również dokonać oceny, czy oferta nie jest rażąco niska, tj.: czy wszystkie elementy oferty zostały uwzględnione, czy uwzględniając sposób wykonania zamawiającego przyjęty przez wykonawcę realne jest wykonanie umowy po zaoferowanej cenie, czy wykonawca prawidłowo oszacował koszt realizacji zamówienia (np. czy uwzględnił koszty dojazdu do instalacji znajdujących się w większym oddaleniu).

Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym przetargu Zamawiający nie wskazał miejsca zagospodarowania/przekazania odpadów, ale żądał tego wskazania od wykonawców. Podniósł, że brak podstawowego elementu, jakim jest wskazanie instalacji do zagospodarowania odpadów (względnie podmiotu zbierającego) dla wszystkich rodzajów odpadów objętych zamówieniem, powoduje konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Jej hipotetyczne przyjęcie przez Zamawiającego powodowałoby bowiem zawarcie umowy bez jej obligatoryjnego elementu, co czyniłoby to tę umową nieważną z mocy prawa.

Odwołujący podkreślił, że trzech pozostałych wykonawców (tj. poza Konsorcjum PUK) podobnie zinterpretowało wymogi zamówienia i wskazało instalacje/podmiot zbierający dla wszystkich rodzajów odpadów. Mimo tego rażącego uchybienia Zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty Konsorcjum PUK, ale ocenił ją jako najkorzystniejszą dla dwóch (z trzech) części zamówienia.

Zdaniem Odwołującego brak wskazania przez Konsorcjum PUK instalacji dla zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem czyni ofertę nieporównywalną z ofertami pozostałych wykonawców, ponieważ:

- nie wiadomo, czy oferta obejmuje zagospodarowanie tych odpadów,
- nie wiadomo, czy oferta obejmuje zagospodarowanie 8 z 10 rodzajów odpadów w sposób zgodny z przepisami,
- nie wiadomo, do czego odnosi się cena oferty,

– nie wiadomo, czy cena oferty jest realna.

Interpretacja SIWZ i formularza ofertowego prezentowana przez Konsorcjum PUK i Zamawiającego nakazywałaby więc przyjęcie, że złożonych ofert nie da się porównać ani doprowadzić do porównywalności w sposób zachowujący uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy mogliby manipulować dowolnie cenami i elementami oferty. Brak porównywalności ofert prowadzi do obowiązku unieważnienia postępowania.

Zarzut 2

Odwołujący podniósł, że lider Konsorcjum PUK (Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o.) jest spółką komunalną, której 100% udziałów posiada Gmina Rumia. Okoliczność ta oznacza, że Gmina Rumia wywiera decydujący wpływ na kluczowe decyzje biznesowe/gospodarcze/rozwojowe PUK. Problematyka komercyjnej działalności tego rodzaju podmiotów była przedmiotem analiz m. in. NIK, która dopatrzyła się licznych naruszeń prawa dokonywanych przez spółki komunalne lub macierzyste gminy (<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/finanse-publiczne/nik-o-realizacji-zadan-publicznych-przez-spolki-komunalne.html>).

Odwołujący podniósł, że z art. 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2019 r. wynika, że gospodarka komunalna odnosi się do wykonywania przez j.s.t. zadań własnych (celem zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej). Zgodnie z art. 1 ust. 2 tej ustawy gospodarka komunalna obejmuje zadania o charakterze użyteczności publicznej oraz zadania poza sferą użyteczności publicznej. Z kolei stosownie do art. 10 ust. 1 ustawy gospodarka komunalna może być realizowana poza sferą użyteczności publicznej wyłącznie wówczas, gdy istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym oraz występuje określony poziom bezrobocia.

Odwołujący powołał się również na przepisy ustawy o samorządzie gminnym, zgodnie z którymi zadaniami użyteczności publicznej są zadania własne gminy (art. 9 ust. 4), a zadaniami własnymi gminy są m. in. zadania utrzymania czystości i porządku (art. 7 ust. 1).

Odwołujący stwierdził, że nadrzędnym celem realizacji przez gminę gospodarki komunalnej jest zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej. Natomiast wspólnota samorządowa definiowana jest przez ustawodawcę jako gmina oraz jej terytorium (art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie gminnym). Oczywiście powyższe nie narusza przepisów szczególnych, o których mowa w art. 5 ustawy o gospodarce komunalnej. Na powyższe wskazuje m. in. wyrok NSA z 24.09.2014 r. (II OSK 1314/14): „Jednostka samorządu terytorialnego uprawniona jest do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 cyt. wyżej ustawy) i spółka taka stanowi instrument za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. Spółka taka może zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania

przez daną jednostkę samorządu terytorialnego należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki jest zatem wykonywanie zadań publicznych (własnych bądź zleconych), należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła. Uchwała powierzająca takiej spółce wykonywanie zadań własnych gminy stanowi zarazem podstawę zlecenia spółce wykonywania tych zadań." Podobnie WSA w Gliwicach w wyroku z 18.02.2015 r. (IV Sa/GI 503/14): „Uprawnienie wynikające z przepisów art. 9 i art. 10 ustawy z 1996 r. o gospodarce komunalnej nie może być odczytywane w oderwaniu od istoty gospodarki komunalnej prowadzonej przez jednostki samorządu terytorialnego. Istotę tę określa się w treści art. 1 ust. 1 in fine powyższej ustawy stwierdzając, że polega ona na wykonywaniu przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Przy uwzględnieniu treści art. 1 ust. 1 i 2 u.s.g. oznacza to, że gospodarka komunalna gminy polega na zaspokojeniu zbiorowych potrzeb mieszkańców gminy zamieszkującej jej terytorium."

W ocenie Odwołującego powyższe przepisy oraz orzecznictwo wskazują, że spółka komunalna może zostać utworzona do realizacji gospodarki komunalnej wyłącznie na terytorium oraz na rzecz macierzystej gminy (czyli tej, która utworzyła spółkę komunalną, posiada jej udziały oraz sprawuje nadzór). Oznacza to, że PUK nie jest uprawniona do zawierania umów oraz realizacji zamówienia. Co więcej, tego rodzaju sytuacja powoduje ryzyko powstania tzw. „subsydowania krzyżowego”, w ramach którego działalność spółki komunalnej (realizacja przedmiotu zamówienia) będzie faktycznie finansowana z innej działalności (np. realizowanej w Gminie Rumia z funduszy pozyskiwanych od mieszkańców Gminy Rumia). Powoduje to więc powstanie rażącego uprzywilejowania spółki komunalnej (PUK) wobec pozostałych przedsiębiorców działających na rynku – a więc naruszenie także zasad uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach pozostałym wykonawcom grozi realne ryzyko wykluczenia z rynku (części II i III zamówienia) na okres realizacji zamówienia. PUK ustanowiła Konsorcjum z innym prywatnym przedsiębiorcom, a pozostali przedsiębiorcy nie uzyskali możliwości tego rodzaju kooperacji (tj. współpracy ze spółką komunalną jako podmiotem „quasi-publicznym”, realizującym działalność przy wykorzystaniu publicznych środków), co również bezpośrednio powoduje pogorszenie ich sytuacji gospodarczej. Tym samym należy stwierdzić, że udział Konsorcjum w zamówieniu w sposób niekonkurencyjny utrudnia dostęp do rynku zamówień publicznych innym przedsiębiorcom (prywatnym).

Odwołujący podniósł, że art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustanawiają szeroki katalog przypadków, które mogą być kwalifikowane jako naruszenie uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 stycznia 2019 r. (VII Aga 679/18).

Zarzut 3

Odwołujący wskazał Zamawiający przewidział przeznaczenie na realizację zamówienia następujących środków finansowych: dla części II – 24.946.274,73 zł, dla części III – 18.194.778,66 zł. Konsorcjum PUK zaoferowało następujące ceny: dla części II – 18.896.068,80 zł, dla części III – 14.410.872,00 zł. Powyższe oznacza, że zaproponowana przez Konsorcjum PUK cena stanowi następującą wartość procentową szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia (w przybliżeniu): dla części II – ok. 75%, dla części III – ok. 79%.

Odwołujący podniósł, że realizacja niniejszego zamówienia publicznego w zaoferowanej przez Konsorcjum PUK cenie stanowi dumping, ponieważ brak jest możliwości uzyskania zysków. W tego rodzaju sytuacji zamawiający dostrzegając rażącą różnicę w stosunku do przyjętych przez siebie szacunków, powinien wezwać Konsorcjum do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zarzut 4

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 6.3.2. SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania masy odpadów odebranych w ciągu następujących po sobie 12 miesiącach. We wskazanych przez członków Konsorcjum oświadczeniach (załącznik 3a do SIWZ):

- pan L. wskazał, że odebrał ponad 8.500 Mg odpadów – jednakże w okresie od 1 kwietnia 2018 r. do 31.03.2020 r.,
- PUK wskazał, że odebrał ponad 23.000 Mg odpadów – jednakże w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 8 lutego 2021 r. (dzień złożenia oświadczenia).

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że żaden z konsorcjantów nie wskazał, jaka była ilość odpadów odebranych w ciągu okresu 12 miesięcy (wskazano okresy dłuższe). Zamawiający nie był uprawniony domniemywać, że skoro podano wyższe wartości (ilości) odebranych odpadów, to i tak prawdopodobnie warunek został spełniony. Zamawiający nie jest uprawniony domniemywać, w których miesiącach (12 kolejnych) faktycznie osiągnięto poziom 7.500 Mg (dla obu sektorów, na które złożyło Konsorcjum oferty). Ponadto brak jest możliwości łączenia doświadczeń z postępowań, na które powoływali się członkowie Konsorcjum, Zamawiający nie przewidział bowiem w niniejszym zamówieniu możliwości łączenia doświadczeń. Co więcej, każde z nich było realizowane na rzecz innego zamawiającego, inny był przedmiot i realia ich realizacji. Zamawiający wymagał wprost wskazania okresu 12 miesięcy oraz określonej ilości odpadów, a podanie dłuższego czasu powoduje sprzeczność z literalnym brzmieniem warunku.

Zarzut 5

Odwolujący podniósł, że lider Konsorcjum PUK nie przedłożył na potrzeby postępowania referencji na realizację zadania w Gdyni. Oznacza to, że nie wykazał faktu posiadania doświadczenia, na które się powoływał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum do przedłożenia stosownego dokumentu. W razie natomiast uznania, że Konsorcjum nie przedłożyło tego rodzaju dokumentu, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Konsorcjum oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Zarzut 6

Odwolujący wskazał, że zgodnie m. in. z pkt 6.3.1.a. SIWZ, wykonawca obowiązany jest posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Zgodnie ponadto z pkt 8.5. SIWZ, w razie jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, wówczas warunki udziału z pkt 6.3.1. SIWZ musi spełniać każdy z wykonawców, który rzeczywiście będzie odbierał i transportował odpady. Tymczasem zgodnie z przedłożonymi przez konsorcjantów zaświadczeniami o wpisie do rejestru działalności regulowanej:

- pan L. nie posiada uprawnień w zakresie odbierania odpadów o kodach 20 01 99 (naturalne drzewka świąteczne), 20 02 02 (gleba i ziemia, w tym kamienie – które znajdują się w ramach kategorii odpadów 20 02, tj. odpadów z ogrodów i parków, w tym cmentarzy),
- PUK nie posiada uprawnień w zakresie odbierania odpadów m. in. z grupy 15 (odpady opakowaniowe).

Powyższe powoduje, że brak jest możliwości logistycznego połączenia działań konsorcjantów w taki sposób, aby prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia – względnie, w razie woli wdrożenia (jak się wydaje niezwykle szerokich) działań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia (tj. zgodnie z przepisami), w sposób istotny wzrosłyby koszty po stronie konsorcjantów. Tym samym niniejszy zarzut również potwierdza stwierdzenie, że Konsorcjum przedstawiło rażąco niską cenę, gdyż w niniejszych okolicznościach (nieposiadania uprawnień) brak jest możliwości jego realizacji w szczególności poniżej ceny zakładanej przez Zamawiającego.

Zarzut 7

Odwolujący wskazał, że zgodnie z informacjami zawartymi w przedłożonej przez konsorcjantów dokumentacji z ZUS, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek zostały sporządzone w formie elektronicznej i podpisane elektronicznie przez pracowników

ZUS. Tymczasem po weryfikacji dokumentów stwierdzić należy, że tego rodzaju podpisów (pracowników ZUS) brak jest na dokumentach. Oznacza to, że zaświadczenia nie zawierają stosownych oświadczeń woli pracowników ZUS, a więc nie mogą wywoływać skutków prawnych. Brak jest bowiem m. in. możliwości weryfikacji tego, czy rzeczywiście dokumenty zostały wydane przez ZUS. Oznacza to, że niniejsza dokumentacja nie powinna być akceptowana przez Zamawiającego. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień, względnie odrzucić ofertę oraz wykluczyć Konsorcjum z postępowania. Powyższej konkluzji nie zmienia fakt, że dokumenty zostały podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum. Pełnomocnik Konsorcjum nie posiada bowiem uprawnień do nadawania mocy/skuteczności prawnej dokumentom urzędowym.

Zarzut 8

Odwołujący podniósł, że przedłożona przez Konsorcjum PUK dokumentacja wskazuje na błędne oznaczenie Partnera Konsorcjum – pana L. . Dotyczy to w szczególności:

- pełnomocnictwa Konsorcjum: nieprawidłowy REGON (numer REGON 190053753 posiada inny przedsiębiorca, tj. Pan W. L. prowadzący działalność pod firmą Firma „GRACKI” W. L.), nieprawidłowa nazwa firmy („Usługi Transportowe R. L.” jest firmą przedsiębiorcy z siedzibą w województwie mazowieckim, posiadającego NIP: 7742093785),
- JEDZ, Załącznika 3a do SIWZ, Załącznika 3b do SIWZ, Załącznika 3c do SIWZ, Załącznika 3d do SIWZ – również błędna nazwa firmy jw.

Zdaniem Odwołującego istnieją wątpliwości odnośnie tego, jaki podmiot gospodarczy jest faktycznie partnerem Konsorcjum. Różne oznaczenia powinny prowadzić co najmniej do skierowania do Konsorcjum zapytania przez zamawiającego celem wyjaśnienia tej sprawy, względnie do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Zarzut 9

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 7.2. lit. f SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania niekaralności w zakresie przestępstw wskazanych m. in. w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Tymczasem w zaświadczeniach KRK (członków organów PUK) brak jest podstawy prawnej z ww. przepisu, co oznacza, że Lider Konsorcjum nie wykazał braku karalności członków organów. Powyższe powinno prowadzić do wdrożenia procedury żądania wyjaśnień od Konsorcjum, względnie odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania.

Zarzut 10

Odwołujący wskazał Zamawiający przewidział przeznaczenie na realizację zamówienia następujących środków finansowych: dla części I – 21.702.530,30 zł, dla części III – 18.194.778,66 zł. Wykonawca Sanipor zaoferował ceny: dla części I – 17.587.777,28 zł, dla części III – 14.946.667,00 zł. Oznacza to, że zaproponowana przez Sanipor cena stanowi następującą wartość procentową szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia (w przybliżeniu): dla części I – ok. 81 %, dla części III – ok. 82 %.

Zdaniem Odwołującego realizacja niniejszego zamówienia publicznego w zaoferowanej przez Sanipor cenie stanowi dumping, ponieważ brak jest możliwości uzyskiwania przez Sanipor z ww. tytułu zysków. W tego rodzaju sytuacji zamawiający dostrzegając rażącą różnicę w stosunku do przyjętych przez siebie szacunków, powinien wezwać Sanipor do złożenia stosownych wyjaśnień.

Zarzut 11

Odwołujący wskazał, że wartość niniejszego zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”. Oznacza to, że wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wraz z ofertami dokumentów JEDZ. Odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie w szczególności wszystkich dokumentów przedłożonych przez Sanipor na potrzeby uczestnictwa w niniejszym zamówieniu (w tym na wezwanie zamawiającego). W zbiorze udostępnionych Odwołującemu dokumentów brak jest jednak dokumentu JEDZ (który rzekomo został sporządzony przez Sanipor). Z tego względu powstaje istotna wątpliwość, czy dokument JEDZ faktycznie został przedłożony. W razie braku przedłożenia dokumentu JEDZ, Zamawiający zobowiązany był wezwać Sanipor do uzupełnienia, względnie odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Zarzut 12

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 7.2. lit. d SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego (w sprawie niezalegania z podatkami). Sanipor przedłożył zaświadczenie Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku, tymczasem zgodnie z pkt 247/248 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 24 lutego 2017 r. w sprawie terytorialnego zasięgu działania oraz siedzib dyrektorów izb administracji skarbowej, naczelników urzędów skarbowych i naczelników urzędów celno-skarbowych oraz siedziby dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (Dz. U. z 2017 r., poz. 393 ze zm.) oraz informacją opublikowaną na stronie urzędu

<https://www.pomorskie.kas.gov.pl/pierwszv-urząd-skarbowv-w-gdvn/organizacja/zasieg-terytorialny>, właściwym dla wykonawcy (posiadającego siedzibę przy ul. Sportowej w Gdyni) jest I Urząd Skarbowy w Gdyni. W rezultacie, zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami zostało wydane przez niewłaściwy organ, podczas gdy zarówno

Zamawiający, jak i przepisy powszechnie obowiązujące wymagają tego, aby dokument został wydany przez organ właściwy. Oznacza to, że bez znaczenia pozostaje treść przedłożonego przez Sanipor zaświadczenia Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę celem wyjaśnienia sytuacji, względnie odrzucić ofertę Sanipor (w razie nieposiadania przez wykonawcę stosownego zaświadczenia wydanego we właściwym terminie).

Zarzut 13

Odwołujący wskazał, że wartość niniejszego zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”, co oznacza, że wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wraz z ofertami dokumentów potwierdzających wniesienie wadium (art. 45 ust. 1 ustawy Pzp). Z przedłożonego przez Sanipor dokumentu (zlecenia przelewu) wynika, że przelew został zlecony w 22 stycznia 2021 r. (piątek). Termin składania ofert został natomiast ustalony na następny dzień roboczy, tj. 25 stycznia 2021 r. Powyższe powoduje, że w razie braku faktycznego zaksięgowania (wpływu) kwoty wadium na rachunek Zamawiającego przed terminem składania ofert, należałoby stwierdzić, że wadium nie zostało wniesione przez wykonawcę. W razie braku prawidłowego wniesienia wadium, oferta Sanipor powinna ulegać odrzuceniu.

Zarzut 14

Odwołujący wskazał, że zgodnie m. in. z pkt 11.1. lit. c SIWZ oferta musi być podpisana przez osobę uprawnioną. Zgodnie z pkt 11.2. lit. d SIWZ, brak jest konieczności przedkładania dokumentu KRS spółki, jednakże wyłącznie w sytuacji, gdy stosowny adres (link) internetowy do dokumentacji zostanie wskazany w ofercie. Na powyższe wskazuje w szczególności sformułowanie z pkt 11.2. lit. d SIWZ, zgodnie z którym: „których adres internetowy Wykonawca wskazał w ofercie”. W ofercie Sanipor brak jest natomiast tego rodzaju powołania się na dokumenty rejestrowe, z których wynikałyby zasady reprezentacji. Z tego względu brak jest możliwości oceny prawidłowości udzielenia przez Sanipor pełnomocnictwa na rzecz Pani K. A. M. . W powyższych okolicznościach zamawiający zobowiązany był do zażądania od Sanipor dodatkowych wyjaśnień, względnie w razie ich nieuwzględnienia do odrzucenia oferty.

Zarzut 15

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 9.3. SIWZ wykonawca zobowiązany był wskazać rodzaj oraz zakres przedmiotu zamówienia, który zamierza powierzyć podwykonawcy. Sanipor niezwykle ogólnie wypełnił tabele z pkt VIII. formularza oferty, w sposób budzący wątpliwości odnośnie do tego, jakie faktycznie prace zostaną powierzone

podwykonawcy. Ich zakres ma natomiast wpływ na możliwość prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia przez Sanipor.

Zarzut 16

Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacjami zawartymi na przedłożonym przez Sanipor dokumencie z ZUS, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek zostało sporządzone w formie elektronicznej i podpisane elektronicznie przez pracownika ZUS. Tymczasem po weryfikacji dokumentu stwierdzić należy, że tego rodzaju podpisu (pracownika ZUS) brak jest na dokumencie. Oznacza to, że zaświadczenie nie zawiera stosownego oświadczenia woli pracownika ZUS, a więc nie może wywoływać skutków prawnych. Brak jest bowiem m. in. możliwości weryfikacji tego, czy rzeczywiście dokument został wydany przez ZUS. Oznacza to, że dokument nie powinien być akceptowany przez Zamawiającego. Zamawiający powinien wezwać Sanipor do udzielenia wyjaśnień, względnie odrzucić ofertę oraz wykluczyć Sanipor z postępowania. Powyższej konkluzji nie zmienia fakt, że dokument został podpisany przez rzekomego pełnomocnika Sanipor, nie posiada on bowiem uprawnień do nadawania mocy/skuteczności prawnej dokumentom urzędowym.

Zarzut 17

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 7.2. lit. f SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wykazania niekaralności w zakresie przestępstw wskazanych m. in. w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp. Tymczasem w części zaświadczeń KRK (członków organów Sanipor) brak jest podstawy prawnej z ww. przepisów. Oznacza to, że Sanipor nie wykazał braku karalności członków organów. Powyższe powinno prowadzić do wdrożenia procedury żądania wyjaśnień od Sanipor, względnie odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 5 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca KOMA Olsztyn Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony Odwołującego.

Izba stwierdziła, że nieskuteczne było zgłoszenie przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., R. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. L. Usługi Transportowe przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że ww. Konsorcjum przekazało zgłoszenie przystąpienia bez zachowania wymogów określonych w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. zgłoszenie przystąpienia nie zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu (przekazano je na adres mailowy: odwolania@uzp.gov.pl). Jednocześnie Konsorcjum nie wykazało, aby istniały jakiegokolwiek obiektywne przeszkody w przekazaniu zgłoszenia zgodnie z ww. przepisem, w tym nie wykazano, aby w dacie zgłaszania przystąpienia wystąpiła awaria lub inne problemy techniczne związane z działaniem elektronicznej skrzynki podawczej Urzędu.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16 i 17. W odniesieniu do tych zarzutów Odwołujący złożył do protokołu oświadczenie o ich wycofaniu.

W zakresie podtrzymanych zarzutów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1

Zgodnie z zał. nr 5 do SIWZ (OPZ), zamawiający wymaga zagospodarowania następujących rodzajów odpadów:

Tabela 1 SOPZ. Rodzaj odpadów stanowiących przedmiot zamówienia

Lp.	Rodzaje odpadów
1	niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - pozostałości po segregacji
2	szkło
3	papier
4	tworzywa sztuczne i metale, w tym opakowania wielomateriałowe
5	popiół z domowych palenisk
6	meble i inne odpady wielkogabarytowe
7	zużyte opony
8	odpady stanowiące części roślin pochodzące z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy zbierane odrębnie od pozostałych bioodpadów - odpady zielone
9	odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone – odpady BIO kuchenne
10	naturalne drzewka świąteczne

Zamawiający opracował wzór formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ), w którym zamieścił pkt III w następującym brzmieniu:

Wskazujemy instalacje lub podmioty zbierające odpady (wyłącznie w przypadku przekazywania im niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do instalacji komunalnej) do których przekazywane będą odpady objęte przedmiotem zamówienia:

L.p.	Rodzaj przekazywanego odpadu	Nazwa i adres instalacji komunalnej lub podmiotu zbierającego odpady
1	Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne	
2		
3		
4		
5		
...		

Uwaga: Wskazany przez Wykonawcę w powyższej tabeli adres instalacji komunalnej, do której przekazywane będą niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne posłuży Zamawiającemu do oceny oferty w oparciu o kryterium sposobu wykonania zamówienia – wpływ na środowisko 2 – zgodnie ze sposobem wskazanym w pkt 14.5 SIWZ.

Konsorcjum PUK wypełniło tabelę w punkcie III swojej oferty następująco:

<i>L.p.</i>	<i>Rodzaj przekazywanego odpadu</i>	<i>Nazwa i adres instalacji komunalnej lub podmiotu zbierającego odpady</i>
1	<i>Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne</i>	<i>Eko Dolina Sp. z o.o., Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99</i>
2	<i>Papier (15 01 01)</i>	<i>Fox Recykling Sp. z o.o., ul. Północna 8B 81-029 Gdynia</i>
3		
4		
5		
...		

Odwołujący zarzucił, że oferta Konsorcjum PUK podlega odrzuceniu na podstawie następujących przepisów art. 89 ust. 1 ustawy Pzp:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Odwołujący powołał się też na art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku

niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zaistnienia żadnej z ww. podstaw odrzucenia oferty, a w odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – w żaden sposób nie powiązał podstaw faktycznych zarzutu z kwestią spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że sposób wypełnienia przez Konsorcjum PUK tabeli w punkcie III formularza oferty nie stanowi wadliwości oferty, która powinna skutkować odrzuceniem oferty czy wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przedmiotowy fragment opracowanego przez Zamawiającego formularza oferty mógł być różnie interpretowany. Z jednej strony wskazuje on na to, że Zamawiający oczekuje wskazania instalacji lub podmiotów zbierających odpady w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, z drugiej strony Zamawiający nie wymienił w tabeli odrębnie poszczególnych rodzajów odpadów, co do których oczekuje odrębnych informacji, wskazując tylko na niesegregowane odpady komunalne. Można zatem twierdzić, że gdyby Zamawiający oczekiwał wyodrębnionej informacji o każdym z rodzajów odpadów, nawet gdy wszystkie będą przekazywane do tej samej instalacji, to wyszczególniłby je we wzorze formularza oferty, czego jednak nie zrobił.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, *konstruując treść Formularza Ofertowego w pkt III wymagał wskazania w tabeli instalacji komunalnej lub podmiotów zbierających odpady, do których przekazywane będą odpady objęte przedmiotem zamówienia, przy czym – jak wyraźnie zaznaczył – obowiązek wskazania przez Wykonawców podmiotów zbierających odpady powstaje „wyłącznie w przypadku przekazywania im niewielkich ilości odebranych odpadów komunalnych selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do instalacji komunalnej”. A contrario, jeżeli Wykonawca nie zamierzał przekazywać niewielkich ilości odebranych odpadów komunalnych selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do wskazanej w tabeli instalacji komunalnej, wówczas powinien pozostawić tabelę niewypełnioną, ewentualnie jeżeli zamierzał przekazać podmiotowi lub podmiotom zbierającym jakiegokolwiek rodzaj odpadów selektywnie zbieranych – zamiast wskazanej w tabeli instalacji komunalnej – winien był tę okoliczność ujawnić w tabeli z pkt III Formularza Ofertowego. Zamawiający ukształtował treść formularza w taki sposób, aby Wykonawcy wskazując nawet i adres instalacji komunalnej w odniesieniu do niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (co niezbędne było w celu dokonania oceny oferty w oparciu o kryterium –*

wpływ na środowiska 2 (zob. pkt 14.5 SIWZ) nie musieli wypełniać pozostałych wierszy i kolumn formularza wpisując w nich dane tej samej instalacji komunalnej w sytuacji, w której nie zamierzają oni przekazywać pozostałych odpadów objętych przedmiotem zamówienia podmiotom zbierającym, dlatego też pozostawił te pola puste.

W ocenie Izby wykonawca mógł zinterpretować wymagania w tym zakresie właśnie w taki sposób, na jaki wskazał Zamawiający. Nawet jeśli nie była to jedyna możliwa interpretacja, to z braku precyzji wymagań Zamawiającego nie można wywodzić negatywnych dla wykonawców skutków. Sposób wypełnienia tabeli przez Konsorcjum PUK może być rozumiany w ten sposób, że wszelkie odpady objęte przedmiotem zamówienia będzie przekazywać do instalacji Eko Dolina Sp. z o.o., z wyjątkiem papieru, który zamierza przekazywać podmiotowi Fox Recykling Sp. z o.o.

W związku z tym niezasadne są twierdzenia Odwołującego, że nie można przyjąć, że oferta Konsorcjum obejmuje (legalne) zagospodarowanie odpadów oraz że cena oferty obejmuje zagospodarowanie odpadów nieuwzględnionych w formularzu oferty, a także inne zastrzeżenia zgłoszone w tym zakresie przez Odwołującego. Odwołujący bowiem niezasadnie przyjmuje, że Konsorcjum PUK nie wskazało, komu będzie przekazywać wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia, podczas gdy ze względu na sposób sformułowania formularza oferty przez Zamawiającego oświadczenie Konsorcjum PUK można interpretować w ten sposób, że do tabeli dopisał tylko ten rodzaj odpadów, który będzie przekazywał innemu podmiotowi, niż wskazany w poz. 1.

W konsekwencji niezasadne są również zarzuty dotyczące nieważności postępowania. W ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym nie sposób dopatrzeć się jakiegokolwiek nieporównywalności ofert. Zauważenia wymaga, że ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, zgodnie z pkt 14.5 SIWZ podlega tylko *odległość wybranej przez Wykonawcę i wskazanej w jego ofercie (Formularz oferty) instalacji komunalnej, do której kierowane będą odpady zmieszane (niesegregowane)*. Sposób wypełnienia tabeli przez Konsorcjum PUK nie wpływa więc w żadnej mierze na ocenę ofert.

Nie można również dopatrzeć się nieporównywalności polegającej na wycenie odmiennego zakresu przedmiotu zamówienia. Jak już wyżej wskazano, z formularza oferty nie wynika, aby Konsorcjum PUK nie oferowało usług w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia ani że nie wskazało instalacji do której będzie przekazywać wszystkie rodzaje odpadów objęte przedmiotem zamówienia.

Zarzut 2

Izba ustaliła, że lider Konsorcjum PUK (Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o.) jest spółką komunalną, której 100% udziałów posiada Gmina Rumia (okoliczność bezsporna).

Odwołujący zarzucił, że oferta Konsorcjum PUK podlega odrzuceniu na podstawie następujących przepisów art. 89 ust. 1 ustawy Pzp:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Rozstrzygając powyższe zarzuty Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej:

1. Poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym;

2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających zobowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

2. Poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, jeżeli zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim winny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową.

3. Ograniczenia dotyczące tworzenia spółek prawa handlowego i przystępowania przez gminę do nich, o których mowa w ust. 1 i 2, nie mają zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na

rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym prowadzących działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego na wynajem, w tym również związanych z uprawnieniem do nabycia przez najemcę własności lokalu w przyszłości, oraz klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej.

Ww. przepisy określają dopuszczalność tworzenia przez gminę spółek prawa handlowego i przystępowania do nich poza sferą użyteczności publicznej.

Odnosząc powyższe do postępowania odwoławczego przede wszystkim należy wskazać, Krajowa Izba Odwoławcza jest organem rozstrzygającym spory w zakresie czynności lub zaniechań zamawiającego w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Poza sferą orzekania Izby znajdują się kwestie dotyczące legalności tworzenia spółek komunalnych – a tego właśnie dotyczą wskazane wyżej przepisy ustawy o gospodarce komunalnej. Kwestie te podlegają nadzorowi innych właściwych organów.

Ponadto zauważenia wymaga, że ani ustawa o gospodarce komunalnej, ani ustawa Pzp, nie zawierają przepisów określających zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia przez spółki komunalne. Z punktu widzenia zarzutów odwołania istotne jest, że mamy do czynienia z ofertą złożoną przez zarejestrowanego przedsiębiorcę. Nie ulega wątpliwości, że komunalna spółka kapitałowa jest tworzona w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Czynności podejmowane przez takiego przedsiębiorcę w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, o ile nie są prawnie niedopuszczalne, są dozwolone. Nie mamy tu bowiem do czynienia z gminą (w tym z jej jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej), która może podejmować tylko takie działania, co do których istnieje wyraźna podstawa prawna, a z podmiotem gospodarczym – spółką kapitałową. Wyraźnego podkreślenia wymaga bowiem, że spółka kapitałowa z udziałem gminy jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, nie jest natomiast – w przeciwieństwie do samej gminy – organem władzy publicznej, który dla podjęcia każdego działania potrzebuje istnienia wyraźnej podstawy prawnej. Trudno podmiotowi gospodarczemu przypisywać obowiązywanie zasady, że dozwolone jest tylko to, na co istnieje wyraźne zezwolenie w przepisach prawa. Jeżeli natomiast istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do legalności utworzenia spółki komunalnej (to tworzenie tych spółek doznaje bowiem ograniczeń na gruncie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej), to kwestia ta wykracza poza sferę kognicji Izby.

Wskazać też należy, że jeżeli działalność spółek komunalnych stanowi szerszy problem o charakterze systemowym – na co wskazywali Odwołujący i Przystępujący – to może to być podstawą do ewentualnego formułowania wniosków de lege ferenda czy też

postulatów wobec innych właściwych organów. Izba natomiast, oceniając, czy Zamawiający prawidłowo postąpił z konkretną ofertą złożoną w postępowaniu, nie znajduje podstaw do zakwestionowania takiej oferty z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji podkreślić należy, że Izba może stwierdzić, iż złożenie oferty taki czyn stanowi w sytuacji, gdy zostanie udowodnione wystąpienie znamion któregoś z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W rozpoznawanej sprawie takie dowody nie zostały przedstawione. Co więcej, Odwołujący nie wskazał nawet, znamiona którego z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zostały jego zdaniem wypełnione. Odwołujący ogólnie wskazał na przepisy art. 3 i art. 15, nie precyzując, popełnienie którego z tych czynów zarzuca.

Przedmiotowy zarzut Odwołujący wywodził wyłącznie z faktu, że PUK ma formę spółki kapitałowej z udziałem gminy. Wywodzenie takiej tezy z samego statusu wykonawcy jest niezasadne, czyn nieuczciwej konkurencji polega bowiem na określonym działaniu wykonawcy w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trudno mówić o popełnieniu takiego czynu przez sam fakt posiadania określonej formy organizacyjnoprawnej.

Odwołujący nie wykazał, że spółka PUK składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu popełniła czyn nieuczciwej konkurencji, ograniczając się do wskazania na ryzyko wystąpienia tzw. subsydiowania krzyżowego, przy czym nie uprawdopodobnił nawet wystąpienia takiej okoliczności w odniesieniu do przedmiotowego postępowania. Wskazane gołosłownie ryzyko nie może świadczyć o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie jest również dowodem na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji oświadczenie Odwołującego, że poprzez udział spółki PUK w postępowaniach o udzielenie zamówień, Odwołujący zmuszony jest zakończyć swoją działalność na Pomorzu. Powyższe stanowi tylko deklarację Odwołującego, przy czym nie uprawdopodobniono nawet żadnego związku pomiędzy działalnością spółki PUK a deklarowanym zakończeniem działalności przez Odwołującego.

Gołosłownym twierdzeniem jest również oświadczenie Odwołującego, że podmioty prywatne nie są w stanie skutecznie rywalizować ze spółką PUK w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo tezie tej przeczy chociażby fakt, że w części pierwszej zamówienia zarówno Przystępujący KOMA, jak i inny wykonawca (PRSP Sanipor Sp. z o.o.) złożyli oferty korzystniejsze cenowo niż Konsorcjum PUK.

Przedstawione wyżej stanowisko Izby w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji odnosi się również do zarzucanego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20

ustawy Pzp. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że zostało zawarte porozumienie wykonawców mające na celu zakłócenie konkurencji, a wywodzenie takiego porozumienia wyłącznie ze statusu jednego z członków Konsorcjum jest nieuprawnione.

Zarzuty 3 i 10

Izba ustaliła, że wartość poszczególnych części zamówienia została przez Zamawiającego określona na kwotę:

- część 1: 25.903.020,03 zł,
- część 2: 29.774.585,98 zł,
- część 3: 21.716.348,72 zł.

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał następujące kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (bez zamówień uzupełniających):

- część 1: 21.702.530,30 zł brutto,
- część 2: 24.946.274,73 zł brutto,
- część 3: 18.194.778,66 zł brutto.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- część 1:
 - 1) Remondis Sp. z o.o.: 24.424.129,70 zł
 - 2) Konsorcjum PUK: 18.911.012,80 zł
 - 3) KOMA Olsztyn Sp. z o.o.: 17.648.694,19 zł
 - 4) PRSP Sanipor Sp. z o.o.: 17.587.777,28 zł
- część 2:
 - 1) Remondis Sp. z o.o.: 20.965.638,24 zł
 - 2) Konsorcjum PUK: 18.896.068,80 zł
 - 3) KOMA Olsztyn Sp. z o.o.: 19.841.427,68 zł
- część 3:
 - 1) Remondis Sp. z o.o.: 15.623.215,10 zł
 - 2) Konsorcjum PUK: 14.410.872,00 zł
 - 3) KOMA Olsztyn Sp. z o.o.: 14.623.519,20 zł
 - 4) PRSP Sanipor Sp. z o.o.: 14.946.667,00 zł.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ustawy Pzp:

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Nie ulega wątpliwości (i nie jest okolicznością sporną), że w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, obligujące Zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej.

Zarzuty odwołania zostały oparte na tezie, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum PUK, jak i wykonawcę Sanipor, powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i w konsekwencji skutkować wezwaniem ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych cen. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu wskazać

należy, że ciężar wykazania, że ceny ww. wykonawców powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości i wezwać ww. wykonawców do wyjaśnień. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że przeprowadzona przez niego analiza kosztów i kalkulacja, z uwzględnieniem jego dużego doświadczenia, wykazuje, że zaoferowanie niższej ceny nie gwarantuje wykonania przedmiotu zamówienia. Brak jest jednak podstaw do twierdzenia, że kalkulacja, jakiej dokonał Odwołujący, jest jedyną poprawną i rzetelną. Odwołujący twierdził, że zaoferowane ceny stanowią dumping, ponieważ brak jest możliwości uzyskania zysków, nie zostało to jednak w żadnej mierze udowodnione. Co więcej, zauważenia wymaga, że Odwołujący w każdej z części zamówienia zaoferował ceny najwyższe spośród wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Z kolei oferty złożone przez innych niż Odwołujący wykonawców, przedstawiały zbliżony poziom cenowy.

W tej sytuacji i wobec niewykazania żadnych innych powodów do powzięcia wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny, zarzuty należało uznać za niezasadne.

Zarzuty 4 i 5

W punkcie 6.3.2 SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy wykonał lub wykonuje usługi odbierania odpadów komunalnych o masie łącznej odebranych odpadów komunalnych, co najmniej:*

<i>Nr części</i>	<i>Masa odebranych odpadów dla części (sektora):</i>
<i>I</i>	<i>2700 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora I</i>
<i>II</i>	<i>2700 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora III</i>
<i>III</i>	<i>2100 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora IV</i>

W przypadku Wykonawcy składającego ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (sektor), spełnieniem postawionego warunku będzie wykazanie się doświadczeniem na sumę mas odebranych odpadów w częściach (sektorach), na które Wykonawca składa ofertę.

W przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedną część, z której wynika mniejsza ilość odebranych odpadów niż suma wymaganych ilości dla tych części, Zamawiający po zastosowaniu instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w przypadku, gdy z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika inaczej, uzna warunek za spełniony w kolejnych częściach zamówienia poczynając od oznaczonej najniższym numerem (do całkowitej ilości wykazanej przez wykonawcę).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był złożyć:

wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających warunkowi określonemu w pkt 6.3.2. z podaniem ich przedmiotu, masy odpadów komunalnych, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 a do SIWZ (pkt 7.2.b SIWZ).

Konsorcjum PUK na wezwanie Zamawiającego przedstawiło wykaz usług zrealizowanych przez członka Konsorcjum:

Lp.	Rodzaj wykonanej usługi	Data wykonania (od miesiąc/rok do miesiąc/rok)	Masa odebranych odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości, w okresie 12 miesięcy	Nazwa i adres odbiorcy usługi	Nazwa i adres wykonawcy lub podmiotu udostępniającego potencjał
1.	Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów	01.04.2018 - 31.03.2020	8 594,33 MG Odpady 20 03 01	Gmina Miasta Puck ul. 10 Lutego 29 84 – 100 Puck	

Do wykazu został załączony list referencyjny, w którym: *Urząd Gminy Puck oświadcza, że Pan R. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe R. L. z siedzibą w Starzynie przy ulicy Trzy Gracki 8 będąc liderem w konsorcjum firm, związany był z Gminą Puck umową na wykonanie zadania odbierania*

i zagospodarowania oraz transportowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie Gminy Puck. Umowa zawarta była na czas od 1 kwietnia 2018 roku do 31 marca 2020 roku. Wartość zamówienia to 8 289 491,67 zł brutto. W ramach realizowanego zamówienia, w okresie od 1 kwietnia 2018 roku do 31 marca 2020 roku odebranych, transportowanych i zagospodarowanych zostało 13 966,01 Mg odpadów, w tym:

- niesegregowane odpady komunalne (kod 20 03 01) - 8 594,330 Mg,*
- odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01) - 1 128,780 Mg,*
- opakowania ze szkła (kod 15 01 07) - 1000,580 Mg,*
- zmieszane odpady opakowaniowe (kod 15 01 06) - 2 897,260 Mg,*
- opakowania z papieru i tektury (kod 15 01 01) - 84,700 Mg,*
- odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07) - 243,160 Mg,*
- zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (kod 20 01 36) - 17,200 Mg.*

Od dnia 1 kwietnia 2020 roku Pan R. L., jako lider w konsorcjum firm, realizuje usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie Gminy Puck. W czasie od 1 kwietnia 2020 roku do 30 października 2020 roku odebranych i zagospodarowanych zostało 7 286,260 Mg odpadów, w tym:

- niesegregowane odpady komunalne (kod 20 03 01) - 3 190,640 Mg,*
- odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01) - 2 369,100 Mg,*
- opakowania ze szkła (kod 15 01 07) - 322,520 Mg,*
- zmieszane odpady opakowaniowe (kod 15 01 06) - 844,160 Mg,*
- opakowania z papieru i tektury (kod 15 01 01) - 97,140 Mg,*
- odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07) — 462,700 Mg. Wartość zrealizowanego zamówienia to 6 575 468,32 zł.*

Usługa odbioru i transportu odpadów komunalnych wykonywana była zgodnie z wymaganiami zawartymi w umowie.

Ponadto przedstawiono wykaz usług zrealizowanych przez Konsorcjum: PUK, R. L.:

Lp.	Rodzaj wykonanej usługi	Data wykonania (od miesiąc/rok do miesiąc/rok)	Masa odebranych odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości, w okresie 12 miesięcy	Nazwa i adres odbiorcy usługi	Nazwa i adres wykonawcy lub podmiotu udostępniającego potencjał
1.	Odbieranie zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy wraz z wyposażeniem tych nieruchomości w pojemniki w tym worki do zbierania odpadów komunalnych. Sektory VI i VI	01.01.2020 nadal	23 900 Mg	Gmina Miasta Gdynia	Konsorcjum: PUK Sp. z o. (Rumia, ul. Dębogórska 148) i R. L. Usługi Transportowe (Starzyno, ul. Trzy Gracki 8)

W dokumentacji postępowania brak referencji dotyczących ww. zadania.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiących, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

W ocenie Izby żaden z przywołanych przepisów nie został przez Zamawiającego naruszony. Przede wszystkim nie sposób powiązać podstaw faktycznych zarzutów z zaniechaniem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, nie wiadomo bowiem, w czym Odwołujący upatruje niezgodności oferty Konsorcjum PUK z ustawą oraz z SIWZ.

Nie zaistniały też podstawy do wykluczenia Konsorcjum PUK z postępowania z powodów wskazanych w ramach zarzutów nr 4 i 5, a rozważeniu podlegać mogła jedynie

kwestia zaniechania wezwania ww. Konsorcjum do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Gdyby nawet przyjąć, że wykonawca nie przedłożył dokumentów koniecznych do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących przedłożonych wykazów w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że dla spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczające było wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem jednej usługi. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego dla celów badania warunków udziału w postępowaniu wzięte zostało pod uwagę zadanie realizowane na rzecz Gminy Miasta Gdynia, tj. Zamawiającego. W związku z tym kwestie dotyczące usług na rzecz Gminy Puck nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wywodził, iż Konsorcjum PUK nie odebrało wymaganej warunkiem ilości odpadów, zarzut oparty został na twierdzeniu, że w wykazie usług nie wskazano ilości odebranych w okresie kolejnych 12 miesięcy (podano okres dłuższy). Nie twierdził także, że przedmiotowe zamówienie zostało wykonane nienależycie, zarzucał jedynie nieprzedstawienie referencji, które by to potwierdzały.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).

Odnosząc powyższy przepis do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy zauważyć, że Zamawiający – jako podmiot, na rzecz którego realizowane są usługi wskazane w wykazie – jest w posiadaniu dokumentów dotyczących realizacji zadania przez Konsorcjum PUK.

Po pierwsze nie sposób twierdzić, że Zamawiający nie posiada udokumentowanych ilości odebranych odpadów, skoro to na jego rzecz świadczone są usługi. Mimo że Konsorcjum PUK wypełniło wykaz usług niezgodnie z wytycznymi Zamawiającego i treścią warunku (powinno bowiem wskazać ilości odpadów w kolejnych 12 miesiącach, a nie w toku całej umowy), to skierowanie do wykonawcy wezwania dotyczącego ww. danych byłoby niecelowe, skoro Zamawiający był w stanie to zweryfikować na podstawie posiadanych przez siebie dokumentów.

Analogicznie, niecelowe byłoby skierowanie wezwania do uzupełnienia poświadczenia dotyczącego usługi na rzecz Gminy Miasta Gdynia. Nie ma wątpliwości, że Zamawiający jako strona tej umowy dysponuje informacjami i dokumentami pozwalającymi stwierdzić, czy umowa jest wykonywana należycie. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska, że Zamawiający mógłby odstąpić od wezwania do przedłożenia poświadczenia, gdyby sam był w posiadaniu takiego poświadczenia. Wskazać należy, że celem poświadczenia jest potwierdzenie należytego wykonania usługi. Skoro Zamawiający jest stroną umowy i dysponuje dokumentami pozwalającymi stwierdzić jakość jej wykonania, to nie wiadomo w jakim celu miałby wzywać do złożenia listu referencyjnego.

Zarzut 6

Zgodnie z punktem 6.3.1a SIWZ w ramach warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności Zamawiający wymagał wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Miasta Gdyni w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.), w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany było złożyć na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla gminy miasta Gdyni w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia (pkt 7.2.a SIWZ).

Konsorcjum PUK przedstawiło w tym zakresie następujące zaświadczenia:

- zaświadczenie z Urzędu Miasta Gdyni, potwierdzające, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. zostało zarejestrowane pod nr 23/2012 w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miasta Gdyni; w zaświadczeniu wskazano kody odpadów, wśród których nie ma odpadów z grupy 15 (odpady opakowaniowe);
- zaświadczenie z Komunalnego Związku Gmin „Dolina Redy i Chylonki”, potwierdzające, że R. L. Usługi Transportowe figuruje w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Gdynia; w zaświadczeniu wskazano kody odpadów, wśród których nie ma odpadów 20 01 99 (naturalne drzewka świąteczne), 20 02 02 (gleba i ziemia, w tym kamienie).

W odniesieniu do wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, które zdaniem Odwołującego miał naruszyć Zamawiający, aktualne pozostają uwagi przedstawione wyżej w odniesieniu do zarzutów nr 4 i 5.

Przedmiotowy zarzut jest niezasadny, członkowie Konsorcjum PUK łącznie posiadają bowiem wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich rodzajów odpadów będących przedmiotem zamówienia. Twierdzenia Odwołującego, jakoby każdy z członków Konsorcjum powinien posiadać wpis dotyczący wszystkich rodzajów odpadów stoi w oczywistej sprzeczności z postanowieniem pkt 8.3 SIWZ, który stanowi: *W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, spełnianie przez nich warunków udziału w Postępowaniu oceniane będzie łącznie a badanie braku podstaw do wykluczenia przeprowadzane będzie w odniesieniu do każdego z Wykonawców.*

Z kolei twierdzenia Odwołującego o braku możliwości logistycznego połączenia działań konsorcjantów w taki sposób, aby prawidłowo zrealizować przedmiot zamówienia, są gołosłowne, podobnie jak twierdzenia o ewentualnym wzroście kosztów, co miałyby świadczyć o wystąpieniu rażąco niskiej ceny.

Zarzut 12

Zgodnie z punktem 7.2.d SIWZ wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był złożyć zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Wykonawca Sanipor złożył na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku o niezaleganiu w podatkach na 31 grudnia 2020 r.

Zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 16 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym

w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zarzucając przedstawienie przez wykonawcę Sanipor zaświadczenia wydane przez niewłaściwego naczelnika urzędu skarbowego, Odwołujący całkowicie pomija fakt, że przepisy prawa określają odstępstwa od właściwości miejscowej organów podatkowych.

Wskazać należy, że zgodnie z załącznikiem do rozporządzeniem Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 28 grudnia 2020 r. w sprawie niektórych podatników i płatników, w odniesieniu do których zadania są wykonywane przez naczelnika urzędu skarbowego innego niż właściwy miejscowo, Naczelnik Pomorskiego Urzędu Skarbowego jest właściwy w sprawach podatników i płatników, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 5, 6 i 11–15, dla terenu całego województwa pomorskiego. W punkcie 15 ww. przepisu wymienione są: inne, niezaliczane do kategorii, o których mowa w pkt 1-14, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, z wyłączeniem podatników i płatników prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, które w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej w roku podatkowym osiągnęły przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług o równowartości w walucie polskiej co najmniej 3 mln euro i nieprzekraczającej 50 mln euro.

Analogiczne rozwiązania przewidywało wcześniej obowiązujące rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 24 lutego 2017 r. w sprawie niektórych podatników i płatników, w odniesieniu do których zadania są wykonywane przez naczelnika urzędu skarbowego innego niż właściwy miejscowo. Rozporządzenie to przewidywało właściwość Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego dla kategorii podatników określonych w § 2 ust. 1 tego rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 15 § 1 ustawy 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 z późn. zm.) organy podatkowe przestrzegają z urzędu swojej właściwości rzeczowej i miejscowej, należy stwierdzić, że w przypadku tego wykonawcy, właściwym do wydania zaświadczenia był Naczelnik Pomorskiego Urzędu Skarbowego. Gdyby tak nie było, organ ten – stosownie do art. 15 § 1 Ordynacji podatkowej – musiałby z urzędu uznać się za niewłaściwy.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie – w zakresie zarzutów niewycofanych – podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: