Sygn. akt: KIO 809/19

WYROK

z dnia 22 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PreZero Service Południe Sp. z o.o., ul. Kokotek 33, 41-700 Ruda Śląska, Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska, Remondis Sosnowiec Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 11, 41-203 Sosnowiec, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 809/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto Ruda Śląska, Pl. Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lutego 2019 r., nr 2019/S 025-055661. W dniu 26 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o., ul. Świętego Jerzego 1a, 50-518 Wrocław (dalej: „odwołujący") na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" oraz o wykluczeniu tegoż wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W dniu 6 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym ww. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu pozornej jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz") w zakresie wskazania przez niego w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz) instalacji zagospodarowania odpadów komunalnych, które według oceny zamawiającego, nie mogą tego czynić (z czym odwołujący się nie zgadza w opisanym niżej zakresie), gdy tymczasem odwołujący z ostrożności wskazał w rzeczonym formularzu (pkt 6 - tabela) 39 alternatywnych lub subsydiarnych względem siebie instalacji, w których hipotetycznie możliwe jest zagospodarowanie określonych frakcji odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem (co nie znaczy, że odwołujący przekaże faktycznie każdej z tych instalacji odpady komunalne do zagospodarowania), i to w sytuacji gdy niezakwestionowane przez zamawiającego instalacje (łącznie 32 instalacje) mogą legalnie przyjąć do zagospodarowania wszystkie frakcje odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem, w pełnym ich strumieniu (całkowitej ilości odpadów) oraz, gdy odwołujący z ostrożności zbyt szeroko wypełnił jedną z rubryk rzeczonej tabeli „Rodzaj odpadów (kod odpadów)" wskazując w tym miejscu wszystkie z kodów, do których wedle jego najlepszej wiedzy uprawnione do zagospodarowania są konkretne instalacje, a zamawiający w ramach instytucji wyjaśnień oferty (na swoje wezwanie) wiedział o sposobie, w jaki odwołujący rozumiał zrealizowanie przedmiotowego obowiązku. Innymi słowy, odwołujący stoi na stanowisku, że jego oferta w przedstawionym zakresie nie jest sprzeczna z treścią siwz, gdyż obejmuje instalacje zagospodarowania odpadów gwarantujące należyte wykonanie zamówienia, a wskazane w ofercie kwestionowane przez zamawiającego instalacje, winny być traktowane albo jako nieprzewidziane do przekazania im odpadów (co dostatecznie wyjaśniono w ramach instytucji wyjaśnienia oferty), albo jedynie jako wartość dodana zakładająca możliwość realizacji zamówienia ponad wymogi określone w siwz - skoro wykorzystanie tych instalacji nie jest w ogóle potrzebne do realizacji zamówienia, czy też dotyczy kodów odpadów, które powinny i mogą być zagospodarowane w innych instalacjach, niekwestionowanych przez zamawiającego. Wskazanie 7 instalacji kwestionowanych przez zamawiającego nie powinno być interpretowane na niekorzyść odwołującego i uznane za sprzeczne z treścią siwz;

b) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu pozornej jej niezgodności z treścią siwz w zakresie lokalizacji bazy magazynowo-transportowej i PSZOK poprzez przyjęcie błędnego założenia, że obiekty te, z uwagi na postanowienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, rzekomo nie mogą być zlokalizowane w miejscu rozważanym przez odwołującego, w sytuacji gdy lokalizacja tych obiektów na etapie składania ofert nie jest istotna, gdyż ani w siwz (warunki udziału w postępowaniu - Rozdział XIII pkt 3 SIWZ), ani w formularzu ofertowym, zamawiający nie wymagał od oferentów dysponowania nimi na etapie składania ofert, a nadto gdy plan miejscowy zezwala na takową lokalizację rzeczonych obiektów, co potwierdza wcześniejsza praktyka zamawiającego, który na tym samym terenie (w ramach tego samego przeznaczenia określonego w planie miejscowym) akceptuje prowadzenie przez innym podmiot (podmiot konkurencyjny dla odwołującego) PSZOK oraz dysponowanie dla tego terenu zezwoleniem na przetwarzanie odpadów uzyskanym przez jeszcze inny podmiot (właściciela nieruchomości planowanej do wykorzystania przez odwołującego) - oczywiście obie

te sytuacje miały miejsce już po uchwaleniu planu miejscowego i jego wejściu w życie;

c) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niepoprawienie omyłki w ofercie polegającej na wskazaniu kodów odpadów dla zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych w kolumnie nr 5 tabeli punkt 6 formularza ofertowego dla instalacji spoza regionu gospodarki odpadami właściwego dla zamawiającego (tj. instalacji spod nr 34, 36, 37 i 38) oraz kodów odpadów, których instalacje te nie mogą zagospodarować, co tyczy się także instalacji spod nr 4, 6 i 9 rzeczonej tabeli, w sytuacji gdy z wyjaśnień odwołującego odnośnie jego oferty złożonych na wezwanie zamawiającego jednoznacznie wynika, że ofertą nie jest objęte zagospodarowanie odpadów zmieszanych i zielonych w instalacjach spoza regionu

gospodarki odpadami właściwego dla zamawiającego, jak również tych frakcji odpadów, których poszczególne instalacje nie mogą zagospodarować, przy czym co oczywiste przywołane zmiany nie prowadzą do istotnych zmian treści oferty odwołującego, skoro zmiany dotyczą wyeliminowania pojedynczych (w nieznacznej liczbie) kodów odpadów, a nie instalacji jako takich;

d) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 90 ust. 3 pzp, poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska z uwagi na nieuwzględnienie w niej wystarczających kosztów zagospodarowania odpadów takich frakcji jak: popioły, odpady biodegradowalne i odpady wielkogabarytowe oraz wszystkich kosztów utworzenia i utrzymania bazy magazynowo-transportowej i punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (czyli PSZOK), a także kosztów pośrednich odwołującego, gdy tymczasem przedłożona w ramach postępowania szczegółowa kalkulacja odwołującego uwzględnia wszystkie istotne elementy kosztowe zamówienia (w tym też te kwestionowane przez zamawiającego), i to przy przyjęciu dużego marginesu błędu (ryzyka), a nadto gdy wysokość wszystkich tych kosztów znajduje potwierdzenie w realiach rynkowych (co też odwołujący wykazał licznymi dowodami). Co więcej, założony i wykazany przez odwołującego zysk, gwarantuje pokrycie rzekomych zwiększonych kosztów świadczenia usługi podnoszonych przez zamawiającego, i to w taki sposób, że zysk ten nadal występuje, przy czym skorzystanie z zysku na pokrycie rzekomo zwiększonych kosztów nie jest w ogóle potrzebne, gdy przyjmie się stanowisko zamawiającego wyrażone w odrzuceniu odnośnie strumienia i kosztów zagospodarowania popiołów, gdyż uwzględnienie tego stanowiska skutkuje powstaniem oszczędności (nieprzewidzianej w ofercie odwołującego - wariant niekorzystny), która pozwoli pokryć w całości pozostałe rzekomo wyższe koszty. Odwołujący zaznacza przy tym, że wynagrodzenie w ramach niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy (§ 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ), a zatem ocenie podlega cena jako całość (a ta w zaistniałym przypadku jest wystarczająca do pokrycia rzekomo zwiększonych kosztów świadczenia usługi podniesionych przez zamawiającego i ciągle pozwala odwołującemu osiągnąć zysk), a nie jej poszczególne elementy składowe, tym bardziej te nieistotne. Na marginesie odwołujący zwraca uwagę, że zamawiający kwestionuje realność kosztów utworzenia i utrzymania bazy magazynowo-transportowej i PSZOK przyjmując błędne założenie, że obiekty te, z uwagi na postanowienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, rzekomo nie mogą być zlokalizowane w miejscu rozważanym przez odwołującego, w sytuacji gdy lokalizacja tych obiektów na etapie składania ofert nie jest istotna, gdyż ani w SIWZ (warunki udziału w postępowaniu - Rozdział XIII pkt 3 SIWZ), ani w formularzu ofertowym, zamawiający nie wymagał od oferentów dysponowania nimi

na etapie składania ofert, a nadto gdy plan miejscowy zezwala na takową lokalizację

rzeczonych obiektów, co potwierdza wcześniejsza praktyka zamawiającego, który na tym samym terenie (w ramach tego samego przeznaczenia określonego w planie

miejscowym) akceptuje prowadzenie przez innym podmiot (podmiot konkurencyjny dla odwołującego) PSZOK oraz dysponowanie dla tego terenu zezwoleniem na

przetwarzanie odpadów uzyskanym przez jeszcze inny podmiot (właściciela

nieruchomości planowanej do wykorzystania przez odwołującego) - oczywiście obie te sytuacje miały miejsce już po uchwaleniu planu miejscowego i jego wejściu w życie;

e) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący wskazując w formularzu ofertowym dodatkowe instalacje zagospodarowania odpadów (alternatywne lub subsydiarne względem innych), a zdaniem zamawiającego niemogące zagospodarować odpadów komunalnych objętych zamówieniem, działał

lekkomyślnie lub niedbale wprowadzając zamawiającego w błąd, i że wskazanie tych dodatkowych instalacji może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w sytuacji gdy wskazanie to nie było ani lekkomyślne, ani niedbałe, gdyż jest konsekwencją niejasności SIWZ, a także gdy wskazanie tych instalacji nie może mieć istotnego wpływu na decyzję zamawiającego, skoro pozostałe 32 instalacje (niekwestionowane przez zamawiającego) są w zupełności wystarczające dla należytego wykonania zamówienia - możliwe jest zagospodarowanie w nich wszystkich frakcji odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem, i to w zakresie całego ich strumienia. Ponadto, gdyby zamawiający kwestionowane przez siebie instalacje wyłączył z oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z wyjaśnieniami oferty dokonywanymi przez odwołującego na wezwanie zamawiającego, to w ogóle nie można byłoby kwalifikować wskazania rzecznych instalacji jako wprowadzenie w błąd, a tym bardziej jako wywołujących wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Odwołujący zwraca uwagę, że zarzut ten jest powiązany z pierwszym zarzutem (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp), w związku z czym w dalszej części odwołania oba zarzuty zostaną omówione w jednym miejscu.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje:

„Niezgodność oferty z SIWZ i wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W przedmiotowym postępowaniu miał zastosowanie formularz ofertowy, w którym w punkcie 6 należało przedstawić „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”, wedle następującej tabeli:

Lp.	Rodzaj instalacji	Adres instalacji	Nazwa i adres podmiotu zarządzającego	Rodzaj odpadów (kod odpadów)	Status instalacji (podać tylko w przypadku instalacji regionalnej lub zastępczej)

Odwołujący w swojej ofercie złożonej 19 marca 2019 r. uzupełnił rzeczoną tabelę poprzez wpisanie w niej 39 instalacji zagospodarowania odpadów, które posiadają różny zakres uprawnień co do zagospodarowywania poszczególnych frakcji (kodów odpadów). Jednocześnie w piątej kolumnie tabeli „Rodzaj odpadów (kod odpadów)” dla każdej instalacji z osobna odwołujący podał wszelkie wiadome mu rodzaje odpadów, dla których dana instalacja posiada stosowne zezwolenia.

Odwołujący wypełnił rzeczoną tabelę w taki sposób, gdyż uważał, że ma ona charakter informacyjny dla zamawiającego, a ostateczne zobowiązanie co do miejsca zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem nastąpi w załączniku nr 5 do umowy (§1 ust. 2 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ). Brak jest bowiem w SIWZ i wzorze umowy powiązania tabeli z formularza ofertowego (pkt 6) i załącznika nr 5 do wzoru umowy. Co więcej, odwołujący miał przy tym na uwadze, że wskazanie instalacji w formularzu ofertowym ma charakter deklaratoryjny, w tym znaczeniu, że wskazanie jakiejś instalacji w tabeli nie oznacza, że odwołujący faktycznie przekaże jej odpady odebrane z terenu Rudy Śląskiej, a jedynie że ma do tego prawo, o ile będzie to zgodne z innymi przepisami. Ponadto, odwołujący miał wątpliwości co do tego, czy dopuszczalna będzie w przyszłości (po podpisaniu umowy) zmiana wskazanych instalacji, gdyż zamawiający w SIWZ nie przewidział takiego warunku zmiany umowy, co jest rekomendowaną praktyką. Dokonanie rzeczonej zmiany na podstawie art. 144 pzp uzależnione byłoby od interpretacji zamawiającego i zależne wyłącznie od jego woli. Przełożyło się to na ostrożnościowe podejście odwołującego do poruszanego tu aspektu, materializując się właśnie poprzez wskazanie w formularzu ofertowym jak największej hipotetycznej liczby instalacji, z których będzie mógł skorzystać, choćby wymagało to ziszczenia się niewystępujących obecnie warunków.

Zamawiający najwyraźniej powziął wątpliwości co do sposobu rozumienia przez odwołującego formularza ofertowego, czemu dał wyraz wzywając go w dniu 25 marca 2019 r. do wyjaśnienia oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo z dnia 2 kwietnia 2019 r.) odwołujący wyraźnie wskazał, że odpady komunalne objęte systemem regionalizacji (tj. odpady zmieszane i zielone) będą przekazywane wyłącznie do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych właściwych do regionu gospodarki, do którego należy zamawiający. Odwołujący dał także jasno do zrozumienia, że jest świadom wymogów prawa, co do tego, że dany odpad może przekazać tylko podmiotowi uprawnionemu (posiadającemu stosowne

zezwolenie) do jego zagospodarowania, przy czym ponownie zaznaczył, że piątą kolumnę tabeli z punktu 6 formularza ofertowego rozumiał w sposób zaprezentowany wyżej, tj. jako obowiązek wskazania wszystkich rodzajów odpadów, co do których dana instalacja posiada zezwolenie na ich zagospodarowanie.

Zamawiający ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie jego oferty, ale wezwanie to nie dotyczyło już rzeczonego wykazu instalacji zagospodarowania odpadów. Ponadto, zamawiający nie poprawił omyłki w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Niezależnie od powyższego zamawiający wystąpił do podmiotów prowadzących instalacje wskazane przez odwołującego z zapytaniami o możliwość przyjęcia przez nie odpadów do zagospodarowania.

Zaprezentowany wyżej sposób rozumienia i wypełnienia formularza ofertowego przez odwołującego nie może być traktowany, tak jak czyni to zamawiający, jako wykreowanie stanu niezgodności oferty z SIWZ, czy też jako wprowadzenie zamawiającego w błąd poprzez lekkomyślne lub niedbałe przedstawienie mu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, z kilku względów.

Po pierwsze, rekonstruując charakter prawny zobowiązania do podania w formularzu ofertowym wykazu instalacji zagospodarowania odpadów, nie można przyjąć takiej jego wykładni, która nakazuje podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości faktycznego przekazania tych odpadów wskazanej instalacji, jeżeli odpady te mogą być zagospodarowane w innej instalacji, także przez niego wskazanej. Taka wykładnia sprzeczna z logiką i zdrowym rozsądkiem musi ulec odrzuceniu. Jeżeli wykonawca wskazuje (czyniąc zadość zobowiązaniu z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.) dwie instalacje (lub więcej) o podobnym zakresie uprawnień, to znaczy że może poprzestać na faktycznym przekazaniu odpadów do zagospodarowania tylko jednej z nich, w szczególności tej tańszej. Nie ma żadnego normatywnego uzasadnienia dla przyjęcia założenia, jakoby wskazanie dodatkowej (alternatywnej, względnie subsydiarnej) instalacji, która może nigdy nie być wykorzystana, jest sprzeczne z przywołanym wyżej obowiązkiem wskazania instalacji w ofercie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Tym samym nie można mówić o sprzeczności oferty z treścią SIWZ, gdy w ofercie przewidziano więcej instalacji zagospodarowania odpadów, niż jest to konieczne dla zagospodarowania odpadów objętych danym zamówień publicznym, i to nawet wtedy gdy wykonawca nie planuje faktycznie przekazywać odpadów którejś z wskazanych przez siebie instalacji, oczywiście z tym zastrzeżeniem, że w pozostałych wskazanych przez siebie instalacjach jest w stanie zagospodarować wszystkie rodzaje odpadów i w zakresie całego ich strumienia.

Po drugie, zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści oferty nie może pominąć tych wyjaśnień przy dalszej ocenie oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyroki KIO/UZP 1327/09; 1443/09; 2145/10) wynika iż wyjaśnienia udzielone zamawiającemu przez odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą.

W przedmiotowym przypadku oznacza, to że zamawiający nie może wykazywać sprzeczności oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie instalacji, dla których w tabeli z punktu 6 formularza ofertowego (piąta kolumna) wskazano kody odpadów właściwe dla odpadów zmieszanych i zielonych, a które znajdują się poza regionem gospodarki odpadami właściwym dla zamawiającego. Tym samym, zamawiający nie powinien kwestionować instalacji wskazanych pod punktami 34, 36, 37 i 38 tabeli z formularza ofertowego odwołującego. Ta uwaga rzutuje zarazem na niemożność uznania, iż odwołujący w rzeczonym zakresie mógł wprowadzić w błąd zamawiającego (trzeci zarzut z niniejszego odwołania).

Odwołujący zaznacza nadto, że jego oferta nie jest też sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do instalacji zagospodarowania odpadów wskazanych w tabeli z formularza ofertowego pod numerami 4, 6 i 9, jak również 34, 36, 37 i 38 w zakresie wykraczającym poza odpady zmieszane i zielone.

Część podmiotów prowadzących wyżej wymienione instalacje są długoletnimi kontrahentami odwołującego i dotąd nie odmówiły mu przyjęcia do zagospodarowania tych rodzajów odpadów, których to możliwość przyjęcia kwestionuje teraz zamawiający.

Odwołujący zwraca tutaj uwagę, że uzyskane przez zamawiającego negatywne odpowiedzi na zadane tym podmiotom pytania wynikają z błędnego, żeby nie powiedzieć tendencyjnego, sposobu ich zadania. Treść udzielonych odpowiedzi przez rzeczone instalacje świadczy jednoznacznie o tym, że każda z nich potraktowała zapytanie

zamawiającego jako chęć nawiązania współpracy (bezpośrednio między tymi podmiotami), czym instalacje te nie były zainteresowane. Udzielone w taki sposób odpowiedzi (oparte na błędnym zinterpretowaniu treści pytania) nie mogą być uznawane za miarodajne dla oceny tego, czy instalacje te przyjmą, czy też nie, dane kategorie odpadów bezpośrednio od odwołującego. Dla przykładu oczywistym jest, że instalacja spod numeru 6 tabeli z formularza ofertowego negatywnie ustosunkowała się do możliwości przeprowadzenia zbiórki opon z terenu województwa śląskiego, skoro nie prowadzi takiej działalności, a współpraca z odwołującym polega na tym, że to odwołujący dostarcza opony do tej instalacji z różnych miejsc w kraju.

Co więcej, odwołujący ponownie zwraca uwagę na złożone przez niego wyjaśnienia co do przedłożonej oferty, poczynione na wezwania zamawiającego. Z uwagi na budzącą wątpliwości treść piątej kolumny tabeli z formularza ofertowego, odwołujący wskazał wszystkie rodzaje odpadów, które znajdują się w zezwoleniach podmiotów prowadzących instalacje. Jeżeli zamawiający uważa, że w oparciu o pozyskane informacje, w którejś ze wskazanych przez odwołującego instalacji nie można obiektywnie zagospodarować konkretnej frakcji odpadów, to winien skorzystać ze sprostowania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Tak jak już wskazano powyżej, przyjęcie powyższego oznacza, że odwołujący i w tym zakresie nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd (trzeci zarzut niniejszego odwołania).

Zaniechanie poprawienia omyłki

Skoro w wyniku dokonanych przez odwołującego wyjaśnień treści oferty na wezwanie zamawiającego, zamawiający wiedział o tym, że w ramach przedłożonej oferty nie mieści się zagospodarowanie odpadów zmieszanych i zielonych w instalacjach spoza regionu gospodarki odpadami właściwego dla zamawiającego, jak i tych rodzajów odpadów (kodów odpadów), co do których zamawiający stoi na stanowisku, że nie mogą być zagospodarowane we wskazanych instalacjach (co jednak odwołujący kwestionuje uznając, że takie przypadki nie zachodzą), to winien on skorzystać z procedury zmiany omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Dopuszczalność poprawienia wykazu instalacji zagospodarowania odpadów w ramach przedmiotowego trybu potwierdza wprost wyrok KIO sygn. 2143/17 z 27 października 2017 r.

Nie może być przy tym mowy, że taka poprawka w zaistniałym stanie faktycznym doprowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Odwołujący zwraca bowiem uwagę, że zmiana dotyczy tylko nieznacznej liczby instalacji i kodów opadów (które powoływano już wielokrotnie w niniejszym odwołaniu), nie zaś samych instalacji jako takich, czy przeważającego zakresu ich działalności. Co więcej, jak już to wielokrotnie podniesiono, niekwestionowane przez zamawiającego instalacje są wystarczające dla zagospodarowania (i bez wątpienia mogą zrobić to legalnie) wszystkich frakcji odpadów objętych zamówieniem, w pełnym ich zakresie.

Niezależnie od dokonanej zmiany odwołujący zobowiązany jest przestrzegać zasad gospodarki odpadami (hierarchii postępowania z odpadami) wynikających z odrębnych przepisów, co wprost rzutuje na możliwość przekazywania konkretnych frakcji odpadów do konkretnych instalacji.

Rażąco niska cena

Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny. Odwołujący w odpowiedzi na te wezwania przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, które dają asumpt do kompleksowego odniesienia się do każdego aspektu

rażąco niskiej ceny podniesionego przez zamawiającego.

Podkreślić przy tym należy, że odwołujący dokonał alternatywnych kalkulacji: (i) korzystnej dla niego, gdzie wysokość kosztów jest optymistyczna, ale realna, a przy tym osiąga on znaczący zysk z realizacji zamówienia oraz (ii) niekorzystniej, gdzie wysokość kosztów przekracza rozsądne ramy rynkowe, ale gdzie nadal wypracowuje on zysk, z tym że stosunkowo mniejszy w porównaniu z pierwszym wariantem. Wariant pierwszy zawarty został bezpośrednio w „Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia" przedłożonej zamawiającemu w dniu 2 kwietnia 2019 r., a wariant drugi stanowi załącznik nr 23 do tej kalkulacji.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniu zamawiającego, iż odwołujący nie dołączył do przedstawionych wyjaśnień dowodów, odwołujący wskazuje, że załączył wiele cenników różnych instalacji obrazujących rynkowe koszty zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji.

Odwołujący szczegółowo wyjaśnił, że próbował zawrzeć umowy na zagospodarowanie odpadów z różnymi RIPOK, ale nie jest to możliwe dopóty, dopóki nie zawrze on umowy z zamawiającym i nie stanie się podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu Rudy Śląskiej. Zamawiający nie może jednak czynić z tego powodu zarzutu względem odwołującego, gdyż w ramach postępowania nie było obowiązku legitymowania się zawartymi umowami.

Twierdzenie, że odwołujący nie rozeznał mocy przerobowych poszczególnych instalacji również mija się z prawdą.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał wszystkie instalacje posiadające status RIPOK w regonie gospodarki odpadami do którego należy zamawiający. Oznacza, to że któraś z instalacji musi przyjąć odpady komunalne odbierane przez odwołującego w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Obowiązek taki wynika z przepisów prawa (art. 91 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach).

Co więcej, faktem notoryjnym jest to, że nie ma takiej możliwości, by w ramach regionu gospodarki odpadami w ramach właściwego wojewódzkiego planu gospodarki odpadami przewidziano zbyt małą liczbę instalacji RIPOK nie pokrywającą zapotrzebowania gmin tego regionu.

Gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego za prawidłowe, że instalacje z jego regionu nie mają mocy przerobowych, to oznacza to, że żaden wykonawca nie jest w stanie sprostać realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Jest to oczywiście sprzeczne z logiką i zdrowym rozsądkiem. Tak samo sprzeczne z przywołanymi wartościami byłoby uznanie, że błędnie sporządzono plan wojewódzki gospodarki odpadami dla regionu.

Jedynym sensownym wyjaśnieniem jest to, że hipotetyczny brak mocy przerobowych wynika z zawarcia przez RIPOK warunkowych umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych z potencjalnymi oferentami startującymi w przetargach na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Taki brak mocy przerobowych jest jednak pozorny, gdyż podmioty te konkurują ze sobą i przegrana jednego z nich w przetargu publicznych aktualizuje zarezerwowane moce przerobowe na rzecz innych podmiotów z rynku.

Tak czy owak, odwołujący traktuje zaprezentowane przez zamawiającego w tym względzie stanowisko za gołosłowne i nie mające wpływu na ocenę kalkulacji jego oferty, w szczególności, że żaden z RIPOK nie odmówił odwołującemu definitywnego zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów z powodu braku mocy przerobowych.

Po drugie, nie jest prawdą, że odwołujący nie uwzględnił wzrostu ilości odpadów do zagospodarowania. Zarówno w wariancie korzystnym, jak i niekorzystnym, ilość odpadów założono na poziomie wyższym o 10% od tego wynikającego z danych podanych w SIWZ (1 str. Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ). W skali całego kontraktu zamawiający, jak sam wskazuje, założył wycenę 101650 Mg odpadów, tymczasem odwołujący przyjął do kalkulacji ok. 112000 Mg odpadów.

Posiłkowanie się wariantem niekorzystnym (załącznik nr 23 do Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia) rozwiewa wszelkie wątpliwości w tym względzie.

Po trzecie, całkowicie pomijalne są zarzuty dotyczące błędów w oszacowaniu strumienia i kosztów zagospodarowania popiołów. W wariancie niekorzystnym zamawiający nie wyodrębnił strumienia popiołów ze strumienia zmieszanych odpadów (przewidywany przez zamawiającego strumień popiołów mieści się w strumieniu odpadów zmieszanych z kalkulacji odwołującego), tym samym koszt ich zagospodarowania jest taki jak dla odpadów zmieszanych, tj. 430,00 zł netto za Mg. Strumień odpadów zmieszanych (w tym popiołów) jest taki jak przyjął w OPZ zamawiający dla 2018 r., mimo że strumień tych odpadów wykazuje tendencję spadkową. W 2017 r. wynosił on bowiem o 1200 Mg więcej. Odwołujący zaznacza przy tym, że w latach wcześniejszych zamawiający nie prowadził zbiórki selektywnej popiołu, więc wysokość strumienia odpadów zmieszanych z lat 2017-2018, jest adekwatna dla hipotetycznej sumy strumieni odpadów zmieszanych i popiołów w ramach niniejszego zamówienia.

Paradoksalnie, przyjmując założenie zamawiającego, że strumień popiołów do odpadów zmieszanych będzie na poziomie 9%, i że odpady te da się zagospodarować po najniższej stawce sugerowanej przez zamawiającego (tj. 220,00 netto za Mg), ale wyższej niż stawka przewidziana przez odwołującego w wariancie korzystnym (tj. 160,00 zł netto za Mg), to w ten sposób wygenerowana zostanie oszczędność w kosztach (nieprzywidziana przez odwołującego w wariancie niekorzystnym). Oszczędność ta będzie na poziomie ponad 1.100.000,00 zł w skali całego zamówienia. Strumień popiołów na wspomnianym poziomie 9% oznacza, że miesięcznie do zagospodarowania będzie 286,88 Mg popiołów. Oszczędność za 1 Mg popiołów to 210,00 zł netto (430,00 zł netto za odpady zmieszane -

220,00 zł netto najniższa realne dla zamawiającego cena zagospodarowania popiołów). Iloczyn strumienia odpadów w skali rocznej i wskazanej wysokości oszczędności na 1 Mg popiołu skutkuje powstaniem powołanej oszczędności w skali całego kontraktu.

Już w tym miejscu odwołujący zaznacza, że owa oszczędność pokrywa w całości, zwiększone zdaniem zamawiającego w stosunku do kalkulacji odwołującego, koszty zagospodarowania odpadów biodegradowalnych i wielkogabarytów.

Po czwarte, przyjęta w kalkulacji cena zagospodarowania odpadów biodegradowalnych (215,00 zł netto za 1 Mg), jak i odpadów wielogabarytowych (305,00 zł netto za 1 Mg) nie jest zaniżona. Jest to cena realna, opierająca się na cennikach obowiązujących we właściwych instalacjach. Innymi słowy, koszt zagospodarowania rzeczonych frakcji odpadów ma w pełni rynkowy wymiar, a zarzuty zamawiającego są całkowicie bezpodstawne.

W przypadku odpadów biodegradowalnych przyjęta w kalkulacji cena jest wyższa od najtańszego w tym względzie cennika. Zgodnie z przedłożonym zamawiającemu cennikiem Przedsiębiorstwa Składowania i Utylizacji Odpadów sp. z o.o. w Gliwicach (RIPOK) cena zagospodarowania 1 Mg odpadów biodegradowalnych to 191,00 zł netto.

Co więcej, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający przyjął błędne proporcje (wagi) w zaproponowanym przez siebie wyliczeniu. Mianowicie, średnia cena zagospodarowania 1 Mg odpadów biodegradowalnych w instalacjach przywołanych przez zamawiającego to 228,50 zł netto (a nie 246,00 zł netto). Oczywistym jest przecież, że odwołujący (do czego jest w pełni uprawniony) przekazałby odpady biodegradowalne zbierane w workach w całości do tańszej instalacji, tj. za 277,00 zł netto za 1 Mg tych odpadów, a odpady zbierane luzem w całości do drugiej, a w tym przypadku tańszej instalacji, tj. za 180,00 zł netto za 1 Mg. Co więcej przy przyjęciu wskazanego przez zamawiającego stosunku czystej biomasy zbieranej w workach (50:50), łączny koszt zagospodarowania odpadów biodegradowalnych przez odwołującego w instalacjach przyjętych przez zamawiającego będzie wyższy od założeń w kalkulacji odwołującego o ok. 7.000,00 zł (w skali miesiąca), co w kontekście wartości całego kontraktu jest elementem nieistotnym.

Na marginesie, odwołujący wskazuje, że w kalkulacji przewidział i załączył do niej ofertę zakupu worków przeznaczonych do zbiórki odpadów zielonych, które są biodegradowalne. Oznacza to, że w przypadku zawarcia umowy przez odwołującego z daną instalacją, jest on w stanie wynegocjować cenę przyjmowania odpadów w takich workach w cenie porównywalnej do czystej biomasy, co w przypadku wyliczeń opartych na danych zamawiającego skutkowałoby uzyskaniem kosztu zagospodarowania niższego niż odwołujący przyjął w kalkulacji.

Finalnie, odwołujący wskazuje, że wynagrodzenie (cena) w ramach niniejszego zamówienia ma charakter ryczałtowy (§ 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ). Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO nr 2640/18 z 7 stycznia 2019 r., który powinien być znany zamawiającemu, gdyż był on również zamawiającym w tamtej sprawie, „przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp“.

W przedmiotowym przypadku (pomijając nawet oszczędność wynikającą z zagospodarowania popiołów zamiast odpadów zmieszanych w wariancie niekorzystnym dla odwołującego) zaplanowany zysk w zupełności wystarcza na pokrycie wszystkich kosztów wskazanych przez zamawiającego w wyższej wysokości, a przy tym nie spowoduje to straty na kontrakcie (zysk będzie ciągle aktualny).

Po piąte, odwołujący wyjaśnił już dostatecznie zamawiającemu, z czego wynikają nieścisłości (omyłki) w kalkulacji dla wariantu korzystnego. Niemniej jednak, z uwagi na sporządzenie kalkulacji wariantu niekorzystnego, uwaga zamawiającego o licznych omyłkach odnośnie pierwszego wariantu jest pomijalna.

Po szóste, nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że wskazanie na tym etapie postępowania przetargowego planowanej lokalizacji bazy magazynowo-transportowej i PSZOK może być niezgodne z treścią SIWZ.

Przede wszystkim jest to niemożliwe, gdyż ani w SIWZ (warunki udziału w postępowaniu - Rozdział XIII pkt3 SIWZ), ani w formularzu ofertowym, zamawiający nie wymagał od oferentów dysponowania bazą i PSZOK na etapie składania ofert, a tym bardziej nie regulował kwestii jest lokalizacji. Co więcej, nie może być sprzeczne z treścią SIWZ, oświadczenie wiedzy, które nie stanowi oferty, a taka sytuacja ma miejsce

w przedmiotowym przypadku. Informacje na temat lokalizacji bazy i PSZOK zawarte w wyjaśnieniach poczynionych przez odwołującego nie stanowią w żadnym wypadku oferty ich zrealizowania w konkretnym miejscu.

Niezależnie od powyższego, zamawiający błędnie przyjmuje, iż miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego (uchwała nr 1066/LXI/2006 Rady Miasta Ruda Śląska z 22 czerwca 2006 r.) stoi na przeszkodzie lokalizacji bazy i PSZOK na rozważanych przez odwołującego terenach.

Dla przykładu, nieruchomość oznaczona ewidencyjnie jako ul. Kokotek 44 w Rudzie Śląskiej (którą odwołujący zgodnie z zawartą umową dzierżawy, znajdującą się w aktach sprawy, może wykorzystać zarówno pod lokalizację bazy, jak i PSZOK) znajduje się na terenie oznaczonym w planie miejscowym symbolem PU1. W myśl § 28 ust. 1 planu „Wyznacza się tereny produkcyjno - usługowe oznaczone na rysunku planu symbolami: PU1 i PK2 z podstawowym przeznaczeniem gruntów pod obiekty produkcyjne, magazynowo - składowe oraz usługowe w tym obiekty handlu o powierzchni sprzedaży poniżej 2000 m kw., usługi logistyczne". Dalsze postanowienia tegoż paragrafu nie zakazuje zbierania odpadów na terenie objętym symbolem PU1, ani nie zakazują innej działalności odpadowej. W świetle orzecznictwa NSA (zob. wyrok z 31 stycznia 2017 r., sygn. II OSK 1553/16), które odwołujący przytaczał już zamawiającemu: „Gospodarowanie odpadami dopuszczalne jest na terenach przewidzianych w planach miejscowych w sposób ogólny na prowadzenie działalności gospodarczej, produkcyjnej lub związanej z infrastrukturą techniczną. Symbolem "O" oznaczane są przede wszystkim tereny, na których to dana gmina ma zamiar prowadzić gospodarkę odpadami lub na których zamierza umożliwić innym podmiotom prowadzenie gospodarki odpadami, np. w formie składowiska odpadów, spalarni odpadów lub regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Nie można przyjąć, że gospodarka odpadami może być prowadzona wyłącznie na terenach oznaczonych w planie literą „O"".

Negowanie przez zamawiającego powyższej wykładni w ramach niniejszego postępowania wprawia odwołującego w konsternację, z uwagi na fakt, że wcześniej w swojej działalności zamawiający akceptował takie rozumienie postanowień rzeczonego planu miejscowego. (...)

Już tylko na marginesie odwołujący wskazuje, że błędne jest także stanowisko zamawiającego jakoby ewentualna niemożność lokalizacji bazy na rozważanych terenach (o których wie zamawiający) skutkowała brakiem realności kosztów paliwa przyjętych w kalkulacji. Koszty paliwa będą bowiem takie same dla szeregu lokalizacji w mieście Ruda Śląska, jak i w jego okolicach, o ile porównywalna pozostanie długość sum wszystkich zaplanowanych trasówek. Daje to dużą swobodę odwołującemu w wyborze miejsca lokalizacji swojej bazy (i PSZOK). Poza tym, jak wynika z kalkulacji kosztów odwołującego zaprogramował on 30% bufor liczby kilometrów na wzrost kosztów paliwa, co jeszcze bardziej uelastycznia go w wyborze wskazanego miejsca.

Niezależnie od powyższego, odwołujący kwestionuje tezę zamawiającego jakoby zaniżył koszty utrzymania planowanej bazy magazynowo-transportowej i PSZOK.

Wykonawca wyjaśnił, że koszty mediów (takich jak woda, prąd, gaz, ogrzewanie) ujął w pozycji amortyzacja, pomimo że posługuje się także pozycją media (w której uwzględnia jednak internet, telefon oraz ochronę). Zamawiający błędnie przyjmuje, że nomenklatura i desygnaty pojęć przyjętych w kalkulacji odwołującego są w jakikolwiek sposób reglamentowane prawnie, czy tym bardziej słownikowo. Odwołujący w toku swojej działalności wypracował taki sposób kalkulacji kosztów, gdzie pod pojęciem „amortyzacji" bazy i PSZOK uwzględnia inne elementy, niż wynikałoby to z naturalnego rozumienia tego pojęcia. Jest to jednak kwestia semantyczna zależna wyłącznie od woli odwołującego i nie ma podstaw normatywnych, żeby z tego powodu zamawiający stawiał mu zarzuty.

Po siódme, wbrew przekonaniu zamawiającego, odwołujący uwzględnił koszty ogólnozakładowe pod pozycjami rozdziału VI Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący zaznacza przy tym, że nieuwzględnienie kosztów zatrudnienia pracowników zatrudnionych w oddziale w Nysie jest uzasadnione - pracownicy ci wykonują obecnie zadania w takim zakresie, że w ramach 40 godzin pracy tygodniowo (bez konieczności wypracowywania nadgodzin) mogą uczestniczyć w realizacji zadania na rzecz zamawiającego (przy czym nie wiadomo, czy zaistnieje w ogóle taka potrzeba). Idąc tokiem rozumowania zamawiającego - każdy z wykonawców winien do ceny ofertowej wliczyć wynagrodzenia zarządu, pracowników wszystkich szczebli zakładu (księgowości, kadr i innych wydziałów). Pracownicy ci nie generują jednak dodatkowego kosztu ponad ten, który ponoszony jest przez odwołującego przed uzyskaniem zamówienia publicznego i nie wiadomo, czy w ogóle będą zaangażowani (a jeśli tak to w jakim zakresie) w realizację przedmiotowego zamówienia.

Potencjał, na który powołuje się zamawiający (firma, kadra menadżerska,

księgowość, reklama, obsługa bankowa, itp.), stanowi stały element, który nie jest związany z realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego. Niezależnie od wyniku tego postępowania - odwołujący ponosi pewne koszty związane z prowadzeniem działalności, której profil nie opiera się wyłącznie o branżę gospodarki odpadami. Nie jest to zatem koszt pośredni, jak to nazywa zamawiający.

Istotą kalkulowania ceny ofertowej jest ujęcie kosztów, które powstaną w momencie rozpoczęcia działalności na rzecz danego zamawiającego w odniesieniu do jego wymogów stawianych w SIWZ. Ujmowanie w kosztach wykonania danego kontraktu szkoleń pracowników czy innych inwestycji jest daleko idącą nadinterpretacją. Wiadomym jest, że środki na takie inwestycje pochodzą z wypracowanego zysku wykonawcy, ale z całą stanowczością nie są kosztem wykonania tego zamówienia.

Tak czy inaczej, w przypadku odwołującego koszty wskazane przez zamawiającego są znikome w skali kontraktu, a przez to możliwe byłoby ich pominięcie na potrzeby kalkulacji ceny dla przedmiotowego zamówienia."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wykluczenia go z postępowania,

b) poprawienia omyłki poprzez wykreślenie w tabeli z pkt 6 formularza ofertowego w instalacjach wskazanych pod numerami 34, 36, 37 i 38 kodów odpadów dla zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych, a także tych kodów odpadów, które wedle zamawiającego obiektywnie nie mogą być odbierane przez te instalacje, jak i instalacje wskazane pod numerami 4, 6 i 9 rzeczonej tabeli,

c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 9 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie PreZero Service Południe Sp. z o.o., ul. Kokotek 33, 41-700 Ruda Śląska, Remondis Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska, Remondis Sosnowiec Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 11, 41-203 Sosnowiec (dalej: „przystępujący"), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 15 maja 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności, co następuje.

„Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje na istotność tabeli zawierającej „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości". Zamawiający dał temu jednoznacznie wyraz, zamieszczając wspomnianą tabelę w treści formularza oferty, który stanowi jednocześnie treść oferty każdego wykonawcy, w tym Odwołującego. (...)

Jako profesjonalny uczestnik obrotu Odwołujący powinien doskonale zdawać sobie sprawę z tego, jaki jest cel wskazania poszczególnych instalacji wraz z poszczególnymi kodami odpadów, które mają być przekazywane do wyszczególnionych instalacji w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający pragnie przypomnieć, iż żądanie wskazania w treści oferty instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, stanowi wypełnienie ustawowego obowiązku, wynikającego z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2018 r. poz. 1454, z późn.zm. - tekst obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia). Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 wspomnianej ustawy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów, zobowiązuje do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, do których przekazywane będą odbierane odpady.

Powyższe potwierdza jednoznacznie charakter wskazywania w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców, w tym Odwołującego, instalacji do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości - oświadczenie w tym zakresie stanowi niewątpliwie treść oferty i wskazuje na sposób w jaki będzie wykonywane świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia. Oświadczenie w tym zakresie jest dla Zamawiającego niezwykle istotne, tym bardziej, że stanowić będzie integralną treść umowy, w postaci jednego z załączników. Treść tego załącznika nie będzie przy tym stanowić elementu negocjacji przy zawieraniu umowy, jak sugeruje to w odwołaniu Odwołujący („ostateczne zobowiązanie co do miejsca zagospodarowania odpadów objętych

zamówieniem nastąpi w załączniku nr 5 do umowy"), lecz ma odzwierciedlać bezpośrednio to, co oświadczył każdy wykonawca, w tym Odwołujący, w złożonej przez siebie ofercie. Zamawiający dał temu wyraz sporządzając wzór umowy, który stanowi załącznik do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wzór ten podlega wypełnieniu treścią stanowiącą treść złożonej oferty. Należy w tym miejscu podkreślić, iż treść oferty nie podlega negocjacjom i z zastrzeżeniem wyjątków wynikających z ustawy, nie może ulec zmianie. Nie jest zatem trafne stanowisko Odwołującego mówiące o tym, że wykaz ma charakter informacyjny a jego ostateczna treść zostanie ustalona przy podpisywaniu umowy. To, że Odwołujący jest w błędzie, potwierdzają przepisy art. 87 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy.

(...) Analiza treści oferty Odwołującego w zakresie wskazania instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, bezsprzecznie wykazała, iż odpady o określonych kodach (niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz odpady ulegające biodegradacji) mają być przekazywane do instalacji, które takich odpadów odbierać nie mogą, ponieważ nie są do tego uprawnione - są instalacjami spoza regionu, do którego można te odpady przekazywać zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa śląskiego (poz./wiersz 1, 34, 36, 37 i 38 Wykazu instalacji z oferty Wykonawcy). Ponadto w wyniku zapytań skierowanych do zarządców określonych instalacji, stwierdzono nieprawidłowości w zakresie poz./wierszy 4, 6, 9 oraz ponownie 34, 36, 37, 38 wykazu instalacji w stosunku do innych odpadów. (...)

Nie można dać wiary twierdzeniu Odwołującego, iż w piątej kolumnie tabeli - rodzaj odpadów (kod odpadów) podał „wszelkie wiadome mu rodzaje odpadów, dla których dana instalacja posiada stosowne zezwolenia". Przede wszystkim Zamawiający wskazuje w tym miejscu na pewną pozornie drobną zmianę w twierdzeniu Odwołującego. Otóż w złożonych wcześniej wyjaśnieniach na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Odwołujący jednoznacznie stwierdził, iż w kolumnie 5 wykazu „zawarł informację o kodach odpadów, co do których instalacja jest uprawniona do ich zagospodarowania". Jak wykazał to Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, nie jest to prawdą, stąd być może asekuracyjne obecnie twierdzenie Odwołującego, co do „wiadomych mu rodzajów odpadów, dla których dana instalacja posiada stosowne zezwolenia" (w dalszej części odwołania pojawia się znowu pierwotne sformułowanie). Zamawiający przypomina, iż w wykazie wskazane zostały instalacje i odpowiednie kody odpadów, dla których dane instalacje nie posiadają stosownych zezwoleń (np. poz. 4 wykazu z tabeli Odwołującego). Fakt ten został potwierdzony przez zarządców instalacji w wyniku wymiany korespondencji z Zamawiającym. Nieprawdziwe jest zatem stanowisko Odwołującego, że wskazał wszystkie rodzaje odpadów, które znajdują się w zezwoleniach podmiotów prowadzących instalacje.

Odwołujący jako profesjonalny podmiot obrotu gospodarczego, miał obowiązek dokonania wcześniej stosownej weryfikacji i analizy rynku odpadów. Składając jednoznacznie oświadczenie do jakich instalacji i jakie odpady będzie przekazywać w trakcie realizacji umowy musiał mieć świadomość, że oświadczenie to stanowi jednocześnie zobowiązanie do świadczenia w sposób wskazany w ofercie i może stanowić podstawę do odrzucenia oferty.

Znamienne jest, że Odwołujący usiłuje przerzucić swój błąd i niezgodność treści oferty z treścią SIWZ na Zamawiającego i rzekomą wątpliwość sporządzonego wzoru formularza ofertowego. Odwołujący w odwołaniu powołuje się na „budzącą wątpliwość treść piątej kolumny tabeli formularza ofertowego". Zamawiający pragnie podkreślić, iż o jakiejkolwiek wątpliwości nie może być mowy. Tabela jest przygotowana czytelnie, a poszczególne rubryki trzeba czytać z uwzględnieniem pełnej treści tabeli, w tym jej nazwy: „wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości". W poddawanym w wątpliwość punkcie 5 tabeli należało podać „rodzaj odpadów (kod odpadów)". Oczywistym jest, że skoro chodzi o odpady odbierane od Zamawiającego tj. Miasta Ruda Śląska, to w kolumnie tej należało wskazać te kody odpadów, które będą przekazywane do danej instalacji. Skoro wykaz dotyczy instalacji do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w ramach przedmiotowego postępowania tj. z terenu Miasta Ruda Śląska, to również adekwatnie do tego należało wskazać kody przekazywanych odpadów. Zamawiający nie wymagał podania wszystkich instalacji w Polsce, które odbierają odpady wraz z wszystkimi kodami odpadów, do odbioru których instalacje te mają uprawnienia. Wymagał wskazania instalacji, do których każdy Wykonawca, w tym Odwołujący, będzie przekazywał odpady o określonych kodach. Trudno za wiarygodne uznać obecne twierdzenia Odwołującego w tym zakresie. Z treści oferty Odwołującego wynika jednoznacznie, iż przekazywać będzie odpady do instalacji w sposób niezgodny z treścią SIWZ (obowiązującymi przepisami prawa, co zostało wskazane w SIWZ), jak również do instalacji, które nie mają do tego stosownych uprawnień (brak uprawnień do określonych kodów, które Odwołujący wskazał w swojej ofercie).

Wyjątkiem od zakazu zmiany treści oferty jest poprawa omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający nie zgadza się w tym miejscu z Odwołującym, iż w rozpatrywanym przypadku mamy do czynienia z omyłką polegającą na niezgodności oferty

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. W pierwszej kolejności należy podnieść, iż w tym zakresie nie ma mowy o popełnieniu przez Odwołującego omyłki, bowiem Odwołujący sam przyznał, iż inaczej zrozumiał wzór formularza oferty i wskazał instalacje wraz ze wszystkimi rodzajami odpadów, które znajdują się w zezwoleniach podmiotów prowadzących instalacje (niezależnie od tego co Odwołujący twierdzi w tym zakresie Zamawiający wykazał powyżej, iż nie jest to prawdą - oświadczenie Odwołującego wprowadza Zamawiającego w błąd). Skoro Odwołujący z rozmysłem w treści oferty podał coś, co nie odpowiada treści SIWZ, nie może być w tym przypadku mowy o omyłce. Ponadto, ewentualna poprawa zdaniem Zamawiającego prowadziłaby do istotnych zmian w treści oferty i w konsekwencji to Zamawiający, a nie Odwołujący ukształtowałby treść wykazu instalacji. Zamawiający musiałby bowiem zaingerować w treść zadeklarowanego przez Odwołującego oświadczenia i wykreślać błędnie wskazane instalacje bądź też niewłaściwe lub nieprawdziwe kody odpadów (te odpady, które nie mogą być oddawane do poszczególnych instalacji lub też te, do odbierania których instalacje te nie mają uprawnień). (...)"

W zakresie rażąco niskiej ceny:

„1. Nieudźwignięcie przez Odwołującego ciężaru udowodnienia realności zaoferowanej ceny.

(...) Wykonawca w swojej kalkulacji oparł się na cennikach wybranych instalacji, które przedłożył wraz z wyjaśnieniami, nie weryfikując, czy instalacje te będą w ogóle w stanie odebrać odpady z terenu Miasta Ruda Śląska. Weryfikacja w zakresie tych instalacji, którą przeprowadził Zamawiający, co potwierdzają stosowne dowody zawarte w aktach postępowania wykazała, iż podmioty te w chwili obecnej nie są w stanie zagwarantować zagospodarowania wspomnianych odpadów - odnosi się to do tych instalacji, na których cenach oparł się Odwołujący. Posiadane przez Zamawiającego dowody na korespondencję z podmiotami zarządzającymi instalacjami przeczą twierdzeniu Odwołującego o gołosłownym stanowisku Zamawiającego.

Powyższe pokazuje, iż Wykonawca nie dochował należytej staranności przy kalkulacji ceny ofertowej, a podawane przez niego poszczególne ceny ofertowe nie znajdują pokrycia w możliwych do uzyskania cenach rynkowych - nie będzie możliwe realizowanie zamówienia według kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę. Odnosi się to przede wszystkim do odpadów ulegających biodegradacji (biomasa), wielkogabarytowych oraz popiołu.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż cenniki, które obowiązują na rynku nie są wystarczającym dowodem na rozeznanie sytuacji rynkowej, ponieważ wiele instalacji odmawia przyjmowania odpadów spoza obsługiwanego przez siebie terenu, albo ma ograniczone moce przerobowe i możliwości zagospodarowania tylko części zebranych z terenu Miasta Ruda Śląska odpadów. Dlatego też nie jest wystarczające dokonanie kalkulacji cenowej w oparciu o cenniki dostępne na stronach internetowych. W tym zakresie niezbędne jest dogłębne rozeznanie sytuacji występującej na rynku zagospodarowania odpadów. Założenie przez Odwołującego, że będzie miał możliwości przekazywania odpadów do najtańszej instalacji jest nieprawidłowe. Zamawiający wykazał, że wskazane przez Wykonawcę instalacje mogą nie przyjąć lub wprost nie przyjmą odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska. (...)

2. Brak uwzględnienia przez Odwołującego szacowanego przez Zamawiającego i założonego wzrostu ilości odbieranych odpadów.

Odwołujący na stronie 11 odwołania wskazuje, że cytat: „Zarówno w wariancie korzystnym, jak i niekorzystnym, ilość odpadów założono na poziomie wyższym o 10% od tego wynikającego z danych podanych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W skali całego kontraktu Zamawiający, jak sam wskazuje założył wycenę 101 650 Mg odpadów, tymczasem Odwołujący przyjął do kalkulacji około 112 000 Mg odpadów".

Stwierdzenie Odwołującego co do ilości wyszacowanych odpadów zaprezentowane w odwołaniu nie jest prawdziwe. Odwołujący wyszacował w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia br. w wersji korzystnej: 4 832,024 Mg odpadów miesięcznie, co daje 96 640,48 Mg rocznie, czyli w skali całego zamówienia brakuje w szacunku 5 009,52 Mg, co stanowi 4,93% wartości. Przeliczając tą wartość wg średniej ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych za 1 Mg okazuje się, iż cena ofertowa Wykonawcy jest zaniżona niemal o 2,7 min zł netto (ok. 2,9 min zł brutto). (...)

W tych samych wyjaśnieniach w wersji niekorzystnej, Odwołujący wyszacował już tylko 4 372,76 Mg miesięcznie, czyli w skali całego zamówienia 87 455,20 Mg czyli w szacunku brakuje w skali zamówienia 14 194,80 Mg czyli aż 13,96 %. Przeliczając tą wartość wg średniej ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych za 1 Mg

okazuje się, iż cena ofertowa Wykonawcy jest zaniżona o ponad 7,6 min zł netto (ok. 8,2 min zł brutto). (...)

Dopiero w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia br. Odwołujący skorygował swój błąd w tabeli (...), ale tylko w odniesieniu do wariantu korzystnego, kiedy to wyszacował 5082,02398 Mg, co w skali całego zamówienia daje 101 640,4796 Mg, czyli niedoszacowane jest już 9,5204 Mg, co można uznać za niewielki błąd w szacunku. Nadal jednak nie została oszacowana na prawidłowym poziomie ilość odpadów w przedstawionym wariancie niekorzystnym. Trudno zatem za wiarygodne uznać kalkulacje, które zawierają podstawowe błędy, a następnie jedna z nich jest doraźnie poprawiana na użytek składania kolejnych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego.

Reasumując Odwołujący na stronie 11 odwołania podaje nieprawdziwą informację o przyjęciu do kalkulacji 112 000 Mg odpadów.

3. Nieprawidłowe skalkulowanie kosztów odbioru frakcji popiołu.

(...) Odwołujący próbuje na podstawie kalkulacji z wariantu niekorzystnego, w którym błędnie w ogóle nie oszacował występowania strumienia popiołu, zmniejszyć strumień odpadów zmieszanych, wprowadzić popiół i wygenerować oszczędność w wysokości 1 100 000 zł. Niestety Odwołujący nie zauważył, że w wariancie niekorzystnym w ogóle nie doszacował 14 194,80 Mg odpadów (w odwołaniu zapewnia, że przyjął do szacunku 112 000 Mg odpadów, co nie ma pokrycia w złożonych wyjaśnieniach i kalkulacji, a co wykazał Zamawiający).Twierdzenie zatem o uzyskanej w ten sposób oszczędności zupełnie nie odpowiada stanowi faktycznemu, a służy tylko i wyłącznie manipulowaniu przedstawioną przez siebie kalkulacją. Trudno tutaj w tej chwili podnosić, gdzie owe brakujące tony powinny zostać dokalkulowane. Z pewnością postępowanie Odwołującego w tym zakresie czyni przedstawioną kalkulację niewiarygodną. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, iż wyimagowana przez Odwołującego oszczędność na poziomie 1 100 000 zł pokrywa w całości zwiększone koszty dotyczące zagospodarowania odpadów biodegradowalnych i wielkogabarytów, które wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. (...)

4. Nieprawidłowe skalkulowanie kosztów odbioru odpadów ulegających biodegradacji (biomasy).

Zamawiający w pełnym zakresie podtrzymuje fakt zaniżenia kosztów odbioru odpadów ulegających biodegradacji (biomasy), co zostało szczegółowo opisane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako, że Odwołujący oparł się na najniższej cenie instalacji, która według rozeznania Zamawiającego (informacje uzyskane wprost od podmiotu zarządzającego instalacją znajdujące się w aktach postępowania) nie odbiera odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska, kalkulowana przez Odwołującego cena nie jest ceną realną. Podobnie wygląda sytuacja w odniesieniu do instalacji w Gliwicach, na którą powołuje się Odwołujący w treści odwołania. Zgodnie z informacjami otrzymanymi przez Zamawiającego (dowód znajduje się w aktach postępowania), w chwili obecnej wyżej wymieniony podmiot ogranicza przyjmowanie odpadów z terenu spoza Gliwic. Z kolei ceny na innych instalacjach są o wiele droższe od tej, którą kalkulował Odwołujący. Założenie, że całą masę odpadów uda się zdeponować w najtańszej na rynku instalacji jest wysoce optymistyczne i nierealne. Równie dobrze może się okazać, że odpady ulegające biodegradacji trafią do instalacji, która jest najdroższa, bo jedynie ta instalacja będzie dysponowała wolnymi mocami przerobowymi, a jeżeli do tego dokalkulujemy wzrost ceny, której Odwołujący w żaden sposób nie założył, to może się okazać, że koszt odbioru odpadów biodegradowalnych to nie optymistyczne 220 zł czy 246 zł, a 300 zł, co nie jest wykluczone. (...)

Na zakończenie Zamawiający za zupełnie gołosłowne uznaje twierdzenie Odwołującego (str. 13 odwołania), iż jest w stanie wynegocjować korzystną cenę za odbiór tego odpadu w workach przeznaczonych do zbiórki odpadów zielonych, w cenie porównywalnej do czystej biomasy, co skutkowałoby niższym kosztem niż ten, który przyjął Zamawiający. Odwołujący nie potwierdza tego żadnym dowodem przez co jego wywody należy uznać w tym zakresie za zwykłą spekulację.

5. Nieprawidłowe skalkulowanie kosztów odbioru odpadów wielkogabarytowych.

(...) Istotne jest to, że Odwołujący oprócz ogólnego stwierdzenia, że cena za 1 Mg tego odpadu nie jest zaniżona i jest oparta na obowiązujących cennikach, nie przedstawia na to żadnego dowodu. Tymczasem Zamawiający wykazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, iż posiada dowody potwierdzające, iż instalacja, na cenie której Odwołujący oparł swoją kalkulację, nie odbiera tego typu odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska. Zarządca instalacji potwierdził to mailowo w dniu 23.04.2019 r. (dowód znajduje się w aktach postępowania). To oznacza, iż cennik ten nie może stanowić potwierdzenia realności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji. Należy dodać, iż cena odpadów

wielkogabarytowych 305 zł jest ceną niemożliwą do osiągnięcia już w tej chwili na rynku, a Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na realność takiej ceny poza cennikiem instalacji, do której z pewnością odpadów tych nie przekaże. Rozeznanie dokonane przez Zamawiającego wskazuje na fakt, iż w pesymistycznym, ale całkiem realnym scenariuszu, odpady wielkogabarytowe będą kosztować nawet 550 zł/Mg.

6. Wskazanie nieprawidłowych miejsc utworzenia bazy magazynowo-transportowej oraz PSZOK - a tym samym dokonanie błędnej kalkulacji kosztów.

To, że Zamawiający nie wymagał od Odwołującego podania w treści oferty planowanej lokalizacji bazy magazynowo-transportowej oraz PSZOK nie oznacza, iż w przypadku powzięcia informacji co do nieprawidłowości w tym zakresie, Zamawiający nie może na to zareagować,

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż na wskazanym przez Odwołującego miejscu nie może utworzyć bazy magazynowo-transportowej. Możliwości takiej przeczą postanowienia miejscowego planu zagospodarowania-przestrzennego.

Identyczne zastrzeżenia Zamawiający podnosi odnośnie nieruchomości planowanej do utworzenia PSZOK-u, jak również z możliwością wykorzystania jako baza magazynowo-transportowa - nieruchomość oznaczona ewidencyjnie jako ul. Kokotek 44 w Rudzie Śląskiej. W tym przypadku stanowisko Zamawiającego jest identyczne - możliwości takiej przeczą postanowienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Poniżej przedstawiamy fragment stanowiska jakie w tym zakresie wyraził Wydział Urbanistyki i Architektury tutejszego Urzędu Miasta:

„W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 31 stycznia 2017 r. - sygn. II OSK 1553/16, powołanym przez odwołującego w dotychczasowej korespondencji, istotnie Sąd stwierdza, że gospodarowanie odpadami jest tym rodzajem działalności, która „dopuszczalna jest na terenach przewidzianych w planach miejscowych w sposób ogólny na prowadzenie działalności gospodarczej, produkcyjnej lub związanej z infrastrukturą techniczną". Jednakże powyższe stwierdzenie należy odczytywać w kontekście całego uzasadnienia prawnego ww. wyroku. Dalej Sąd uzasadnia bowiem przyjętą wykładnię następująco: „Symbolem "O" oznaczane są zaś przede wszystkim tereny, na których to dana gmina ma zamiar prowadzić gospodarkę odpadami lub, na których zamierza umożliwić innym podmiotom prowadzenie gospodarki odpadami, np. w formie składowiska odpadów, spalarni odpadów lub regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych." Powyższe, zdaniem tutejszego wydziału, oznacza, że Sąd w przytaczanym wyroku rozróżnia gospodarkę odpadami związaną z prowadzoną działalnością gospodarczą, czyli wynikającą z prowadzonej działalności gospodarczej, od gospodarki odpadami komunalnymi, która prowadzona jest przez gminę lub podmioty, którym gmina zleca odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy. Zgodnie z przytaczanym wyrokiem gospodarowanie odpadami komunalnymi winno odbywać się na wyodrębnionych terenach wyznaczonych w planach miejscowych dokładnie pod ten cel i oznaczonych odpowiednim symbolem literowym (symbolem „O").

Odrębny charakter działalności gospodarczej związanej z przetwarzaniem odpadów od gospodarowania odpadami komunalnymi znajduje potwierdzenie w tej części uzasadnienia ww. wyroku, w którym Sąd zaleca organowi I instancji przy ponownym rozpatrzeniu sprawy dokonanie oceny czy gospodarka odpadami związana jest z działalnością określoną jako podstawowe przeznaczenie terenu (tj. tereny obsługi rolnictwa w gospodarstwach rolnych, hodowlanych i ogrodniczych), na którym działalność ma być prowadzona tj. czy stanowić będzie „obsługę produkcji w gospodarstwach rolnych, hodowlanych, ponieważ tego rodzaju produkcja wiązać się może z powstaniem odpadów”.

Zamawiający pragnie przy tym wyjaśnić, dlaczego na pobliskim terenie, dla którego plan miejscowy przewiduje również oznaczenie PU1, funkcjonuje już PSZOK innego podmiotu, a wskazaną przez Odwołującego lokalizację Zamawiający kwestionuje, jako niezgodną z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. W tym zakresie również swoje stanowisko wyraził Wydział Urbanistyki i Architektury tutejszego Urzędu Miasta Ruda Śląska:

„Odnosząc się do kwestii istniejącego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, funkcjonującego przy ul. Kokotek 33, pragnę wyjaśnić, że istotnie nieruchomości przy ul. Kokotek 33 oznaczone są tym samym symbolem planu miejscowego co nieruchomość przy ul. Kokotek 44 (symbol planu PU1). W tym jednak przypadku przedmiotowa działalność jest prowadzona przez przedsiębiorcę władającego nieruchomością przy ul. Kokotek 33 od 1997 r. Poprzednim użytkownikiem tego terenu było gminne Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych, które również prowadziło tam działalność związaną z gospodarowaniem odpadami komunalnymi. Zatem działalność prowadzona obecnie przy ul. Kokotek 33 rozpoczęła się wiele lat przed wejściem w życie obecnie obowiązującego planu miejscowego oraz w innej sytuacji prawnej. (...)

W poprzednio obowiązujących archiwalnych planach miejscowych uchwalonych w latach 1979 oraz 1994 przedmiotowy teren przeznaczony byt pod tereny przemysłowe i magazynowe. Istotnym wydaje się tutaj podkreślenie faktu, że obowiązywały wówczas zupełnie inaczej skonstruowane przepisy prawa w zakresie planowania przestrzennego, w których nie określano obowiązku odmiennego oznaczania w planach miejscowych terenów przeznaczonych na gospodarowanie odpadami, jak to ma miejsce w obecnej sytuacji prawnej, dlatego gminne zakłady gospodarowania odpadami komunalnymi sytuowane były z reguły na terenach przemysłowych i magazynowych. (...)

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że lokalizacja bazy magazynowo- transportowej nie podważa realności kosztów paliwa przyjętych w kalkulacji. Oczywistym jest, że baza zlokalizowana np. kilkadziesiąt kilometrów od miejsca wykonywania zamówienia (maksymalnie do 60 km) rodzi inne koszty od bazy zlokalizowanej w bezpośredniej bliskości od tego miejsca - na terenie miasta Ruda Śląska. Skoro zgodnie z tym, co twierdzi Zamawiający, wskazany teren nie może posłużyć Odwołującemu do utworzenia bazy magazynowo-transportowej, inaczej też muszą się rozłożyć koszty związane z paliwem, które są jednym z istotnych elementów kalkulacji cenowej.

Twierdzenie odwołującego, że koszty te się nie zmienią, ponieważ wskazuje na szereg innych lokalizacji w mieście Ruda Śląska, jak i w jego okolicach należy uznać za gołosłowne. Zamawiający bowiem na etapie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, po powzięciu informacji o lokalizacji bazy oraz tego, że wskazany teren nie może być wykorzystany na bazę magazynowo-transportową przy realizacji przedmiotowego zamówienia, wezwał Odwołującego do wskazania innych lokalizacji z przeznaczeniem na wspomnianą bazę, jednak mimo tego, że Odwołujący w swoich pierwszych wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2019 r. powoływał się na inne lokalizacje, Zamawiający nie otrzymał w tym zakresie od Odwołującego żadnej konkretnej odpowiedzi - Odwołujący nie wskazał innej lokalizacji, a zatem jego twierdzenie, o możliwości utworzenia bazy w samym mieście Ruda Śląska lub w jego okolicach jest niewiarygodne. Stąd Zamawiający poddał w wątpliwość wyliczone koszty paliwa, które zostały zaniżone, jako element istotny kalkulacji cenowej, zaniżenie kosztów ma ewidentny wpływ na zaniżenie całej ceny ofertowej Odwołującego, przez co cena ta również z tego powodu nie posiada znamion ceny realnej. (...)

7. Nieprawidłowa kalkulacja cenowa w zakresie kosztów utrzymania bazy magazynowo-transportowej.

(...) Sztuczne przerzucenie kosztów mediów (takich jak woda, prąd, gaz, ogrzewanie), których Odwołujący nie ujął w kalkulacji z dnia 2 kwietnia 2019 r. (pierwsze wyjaśnienie złożone przez Odwołującego), do innej pozycji z kalkulacji obejmującej koszty utrzymania bazy magazynowo-transportowej, a konkretnie do pozycji o nazwie „amortyzacja", nie może zostać uznane za działanie wiarygodne, a taką kalkulację należy nazwać wprost nierzetelną. Zamawiający nie zgadza się przy tym ze stwierdzeniem Wykonawcy, że pewne pojęcia w kalkulacji kosztów można stosować dowolnie w sposób zależny wyłącznie od woli Odwołującego. Pojęcia takie jak media, czy amortyzacja są zupełnie odrębnymi kategoriami kosztów i winny być odrębnie kalkulowane. Należy dodać, że wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie nie zostały poparte żadnym dowodem, np. umową przedwstępną zbycia nieruchomości, co mogłoby wskazywać na koszty związane z amortyzacją nieruchomości. Brak jakichkolwiek dowodów czyni z wyjaśnień Odwołującego jedynie gołosłowne twierdzenia, co nie pozwala na uznanie realności zaoferowanej ceny.

8. Nieuwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej kosztów ogólnozakładowych Odwołującego (kosztów pośrednich).

(...) Niesłusznie Odwołujący wskazuje, że istotą kalkulowania ceny ofertowej jest ujęcie kosztów, które powstaną w momencie rozpoczęcia działalności na rzecz danego Zamawiającego. Ponieważ pewne koszty ponoszone przez przedsiębiorstwo pomimo tego, że się nie zmieniają - są niezwykle istotne, natomiast źródłem ich finansowania są właśnie realizowane kontrakty.

9. Zarzut ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w ramach realizacji zamówienia.

Odwołujący żyje w błędnym przeświadczeniu, jakoby Zamawiający kwestionował

wyłącznie element jego wynagrodzenia broniąc się przy tym, iż cena ma charakter ryczałtowy. Zamawiający zakwestionował całą cenę ofertową wskazując, iż została ona zaniżona i nie jest ona realna. (...) Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu zaniżenia jakiejś ceny jednostkowej, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie ma cen jednostkowych. Zamawiający cały czas kwestionuje sposób wyliczenia i kalkulacji cenowej, którą przedstawił Odwołujący w wyniku złożenia wyjaśnień. (...) Stąd Zamawiający podtrzymuje zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny, a sam fakt charakteru wynagrodzenia nie ma tu znaczenia. (...)

10. Zarzut osiągnięcia zysku, który zapewnia pokrycie wskazanego przez Zamawiającego niedoszacowania.

W kilku miejscach odwołania Odwołujący broni się, że założył tak duży zysk na realizacji przedmiotowego zamówienia, iż pozwoli on „na pokrycie wszystkich kosztów wskazanych przez zamawiającego w wyższej wysokości, a przy tym nie spowoduje to straty na kontrakcie". Zamawiający uznaje te twierdzenia za gołosłowne. Liczne nieścisłości w przedstawionych przez Odwołującego kalkulacjach potwierdzają ich nierzetelność, a ponadto pokazują, iż poczynione przez Odwołującego założenia do tych kalkulacji są zupełnie nierealistyczne. Przy tyłu błędach i niedoszacowaniu wielu kosztów, założony przez Odwołującego zysk staje się kompletnie niewiarygodny. Wskazuje na to zaniżenie łącznej ilości odpadów, manipulowanie przy wyliczaniu kosztów zagospodarowania niektórych frakcji odpadów, takich jak odpady zmieszane i popiół, zaniżanie cen zagospodarowania istotnych odpadów (w tym brak założenia wzrostu cen ich zagospodarowania), takich jak odpady biodegradowalne (biomasa) i odpady wielkogabarytowe, zaniżenie kosztów utworzenia bazy magazynowo-transportowej oraz PSZOK, a także zaniżenie kosztów utrzymania wspomnianej bazy, zaniżenie kosztów paliwa i wreszcie nieuwzględnienie w wycenie kosztów ogólnozakładowych Odwołującego. Mając na uwadze brak wiarygodności założonego zysku oraz tak liczne niedoszacowanie i zaniżenie kosztów, twierdzenia realności zaoferowanej ceny nie da się obronić."

W zakresie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp:

„Należy podkreślić, iż w wyniku powzięcia wątpliwości co do treści złożonej przez Odwołującego oferty („wykazu instalacji do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości"), Zamawiający zwrócił się do części podmiotów zarządzających instalacjami - wskazanych w ofercie Wykonawcy - celem potwierdzenia posiadania przez podmiot zarządzający instalacją - uprawnień do przyjmowania oraz czy dana instalacja przyjmuje odpady komunalne o wskazanych w ofercie Wykonawcy kodach (poz. 4, 6, 9, 34, 36, 37, 38 wykazu).

Z otrzymanych przez Zamawiającego odpowiedzi wynika, że Odwołujący wskazał w swojej ofercie instalacje, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, które nie są do tego uprawnione (ewentualnie są uprawnione tylko w zakresie części kodów, które wskazał Wykonawca) lub prowadzą przetwarzanie odpadów tylko na własne potrzeby lub nie są zainteresowane odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska.

Tym samym należy uznać, iż Wykonawca podał w swojej ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, poprzez wskazanie w treści oferty wykazu instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości - co należy rozumieć, iż do wskazanych w ofercie instalacji będzie przekazywał odpady komunalne o wskazanych kodach. Należy dodać, iż informacja ta posiada istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ wskazuje ona na sposób wykonania zamówienia i zgodność treści oferty z wymaganiami podanymi w treści SIWZ."

W cytowanej powyżej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie zostały pominięte m.in. informacje objęte przez odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 17 i 21 maja 2019 r. również przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska.

W załączniku nr 1 do siwz, tj. w formularzu oferty, zamawiający przewidział w pkt 6 o treści: „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości" następującą tabelę:

Lp.	Rodzaj instalacji	Adres instalacji	Nazwa i adres podmiotu zarządzającego	Rodzaj odpadów (kod odpadów)	Status instalacji (podać tylko w przypadku instalacji regionalnej lub zastępczej)

W załączniku nr 2 do siwz, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w pkt II zamawiający wskazał:

II. Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu miasta Ruda Śląska przy zachowaniu następujących warunków:

1. Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

2. Odebrane od właścicieli nieruchomości selektywnie zebrane odpady komunalne zostaną poddane przez Wykonawcę procesowi odzysku i unieszkodliwiania odpadów (w przypadku posiadania przez niego stosownych decyzji) bądź zostaną przekazane przez Wykonawcę bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 992 ze zm.). Przekazanie odpadów winno być potwierdzone kartą przekazania odpadów sporządzoną zgodnie z obowiązującymi przepisami.

3. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia jakościowej i ilościowej ewidencji odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami.

4. Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane odpady komunalne w sposób zapewniający osiągnięcie:

- w okresie trwania umowy określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2167) poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oraz poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych,

- w okresie trwania umowy określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U. z 2017 r. poz. 2412)

dopuszczalnych poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

W § 1 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do siwz, zamawiający wymienił m.in. wszystkie załączniki do umowy, w tym opis przedmiotu zamówienia oraz wskazał, że: „Oferta Wykonawcy oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w tym wymienione powyżej Załączniki, stanowią integralną część niniejszej umowy”.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 100.764.333,33 zł netto, w tym 33.588.111.11 zł - wartość zamówień z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Oznacza to, że wartość zamówienia podstawowego wynosi 67.176.222,22 zł netto i 72.550.320 zł brutto (taką też kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- oferta odwołującego z ceną 58.952.934,00 zł brutto,

- oferta przystępującego z ceną 71.267.180,94 zł brutto.

Z powyższego wynika, że cena oferty odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o ok. 19%, zaś od średniej arytmetycznej ofert - o ok. 10%.

Pismem z dnia 25 marca 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień:

1) w zakresie rażąco niskiej ceny:

„Zaproponowana przez Wykonawcę cena wzbudza wątpliwości Zamawiającego odnośnie należytego zrealizowania umowy - pomimo, iż jest ona niższa o 18,7% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Wątpliwości co do zaoferowanej ceny wynikają ze specyfiki rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym dynamicznie zwiększających się cen na instalacjach RIPOK, co również wynika ze wzrostu opłaty za korzystanie ze środowiska, konieczności zapewnienia i dystrybucji dużej ilości pojemników na odpady oraz uwzględnienia w cenie innych kosztów takich jak: koszty założenia/utrzymania bazy magazynowo-transportowej czy PSZOK.

Mając powyższe na uwadze - proszę o szczegółowe wyjaśnienie ceny (kwoty brutto) za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów poprzez wskazanie i udokumentowanie niżej wymienionych kosztów w przeliczeniu na 1 Mg odpadów:

a) Baza magazynowo-transportowa - proszę o wskazanie lokalizacji bazy, kosztów jej funkcjonowania, ewentualnie kosztów jej utworzenia i planowanej lokalizacji - w przypadku gdy Wykonawca nie posiada jeszcze takiej bazy;

b) Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) - koszty jego

funkcjonowania lub ewentualnego utworzenia i planowanej lokalizacji;

c) Transport - koszty zakupu (utrzymania) pojazdów (lub wskazanie innej formy dysponowania pojazdami), koszty paliwa;

d) Zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 02 01, 20 03 01 przekazywanych na RIPOK - proszę o przedstawienie umów z instalacjami (lub umów przedwstępnych lub innych dokumentów);

e) Zagospodarowanie odpadów o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07;

f) Zagospodarowanie odpadów o kodach 17 01 01, 17 01 07, 17 09 04;

g) Koszty pracownicze - wartość przyjęta do ustalenia kosztów musi uwzględniać co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową ustaloną na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. Dz.U. z 2018r. poz. 2177);

h) Koszty zakupu (lub innej formy dysponowania) pojemników (także worków) na odpady - zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia."

2) w zakresie treści złożonej oferty:

„Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2018r. poz. 1454 z późn. zm.) - Zamawiający wskazał w formularzu oferty do wypełnienia przez Wykonawcę tabeli „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości" (ust. 6 Formularza oferty).

We wskazanej tabeli Wykonawca podaje:

1. W wierszu 1 wskazano adres instalacji mieszczącej się we Wrocławiu przy ul. Jerzmanowskiej 8, do której przekazywane będą odpady m.in. o kodzie 20 03 01 (czyli niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne).

2. W wierszu 34 wskazano adres instalacji mieszczącej się w Warszawie przy ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, do której przekazywane będą odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) oraz odpady o kodzie 20 03 01 (czyli niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne).

3. W wierszu 36 wskazano adres instalacji mieszczącej się w Warszawie przy ul. Płytowej 1, do której przekazywane będą odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) oraz odpady o kodzie 20 03 01 (czyli niesegregowane (zmieszane)

odpady komunalne).

4. W wierszu 37 wskazano adres instalacji mieszczącej się w Warszawie przy ul. Modlińskiej 129 lok. U7, do której przekazywane będą odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) oraz odpady o kodzie 20 03 01 (czyli niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne).

5. W wierszu 38 wskazano adres instalacji mieszczącej się w miejscowości Dębie Wielkie przy ul. Pedagogów 19, do której przekazywane będą odpady o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) oraz odpady o kodzie 20 03 01 (czyli niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne).

6. W kolumnie „rodzaj instalacji" brakuje wpisów w wierszach: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 25, 34, 35, 36, 37, 38, 39.

Proszę zatem o wyjaśnienie, czy odpady o powyżej wskazanych kodach będą przekazywane do wskazanych przez Państwa podmiotów? Proszę także o wskazanie powodów niewypełnienia (w tabeli - ust. 6 formularza oferty) w kolumnie „rodzaj instalacji" - wierszy wskazanych w ust. 6 niniejszego pisma."

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, przy czym ich treść wraz z załącznikami (w tym dwie kalkulacje) w zakresie rażąco niskiej ceny zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Natomiast w zakresie treści oferty odwołujący wskazał, że „zawarł informację o kodach odpadów, co do których instalacja jest uprawniona do ich zagospodarowania. Zapisy te mają charakter wyłącznie informacyjny i nie mogą być traktowane jako deklaracja wykonawcy co do miejsca docelowego zagospodarowania wskazanych odpadów. (...)"

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (poniżej pominięto informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) :

1. „W szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia w Rozdziale V: Zagospodarowanie odpadów, Tabela 13: Koszty zagospodarowania odpadów, Wiersz 26: Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - Wykonawca podaje w kolumnie: Cena zagospodarowania za 1 Mg odpadów wartość (...). Tymczasem w nadesłanych wyjaśnieniach oraz w dołączonych cennikach zagospodarowania odpadów (załącznik nr 17 do przedstawionej kalkulacji) - wartości te są znacznie wyższe. Proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca skalkulował cenę we wskazanej pozycji i jakie są poszczególne składowe tej wartości.

2. Wykonawca wskazuje w wyjaśnieniach adres bazy magazynowo-transportowej, którą zamierza wykorzystywać do realizacji zamówienia (...). W rozdziale I Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia: Pojazdy i baza magazynowo-transportowa, Tabela nr 4: Koszty bazy magazynowo-transportowej, Wiersz 2 jest napisane: „Koszt utrzymania (w tym media, ochrona, itp.)", natomiast w kolumnie koszt miesięczny - jest napisane: (...). Proszę o wyjaśnienie w jaki sposób Wykonawca skalkulował cenę we wskazanej pozycji i jakie są poszczególne składowe tej wartości - w szczególności

proszę o wskazanie w jaki sposób wykonawca zamierza zapewnić ochronę na wskazanym obiekcie (wraz z kosztami), proszę przedstawić szczegółową kalkulację pozycji „media" (w tym m.in. ilu pracowników będzie korzystało z bazy - w tym z mediów) oraz proszę wyjaśnić co wykonawca ma na myśli pisząc: „itp." - tzn. jakie jeszcze inne koszty Wykonawca uwzględnił w tej pozycji.

3. W nadesłanych wyjaśnieniach Wykonawca nie podaje dokładnych lokalizacji utworzenia

Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (Wykonawca wskazuje jedynie na dzielnice miasta: (...). Proszę o podanie dokładnych adresów lokalizacji utworzenia PSZOK (ze wskazaniem nazwy ulicy oraz numeru posesji).

4. W załączniku nr 1 Wykonawca wskazał jedynie 3 przykładowe polisy ubezpieczenia samochodów. Proszę o przesłanie aktualnego kompletu polis wszystkich samochodów wskazanych do realizacji zamówienia (w załączniku nr 3) - celem dokonania analizy kosztów ubezpieczenia samochodów.

5. Proszę o wyjaśnienie kwoty (.) - stanowiącej podsumowanie tabeli nr 13: Koszty

zagospodarowania odpadów (Rozdział V Zagospodarowanie odpadów - Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia). Przeliczając poszczególne wiersze tabeli, a następnie sumując kolumnę Koszt miesięczny zagospodarowania - Zamawiający otrzymuje w wyniku inne wartości niż wskazuje Wykonawca.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, przy czym ich treść wraz z załącznikami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 11 kwietnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do szeregu podmiotów wymienionych w tabeli w formularzu ofertowym odwołującego z prośbą o informację w zakresie przyjmowanych odpadów komunalnych. Wszystkie pisma były sformułowane w ten sam sposób, przykładowo: „W związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska" (AP.271.8.2019) - zwracam się z uprzejmą prośbą o informację, czy Państwa instalacja jest uprawniona do przyjmowania i czy przyjmuje odpady komunalne o wskazanych poniżej kodach: (.) Proszę o udzielenie w miarę możliwości powyższej informacji do dnia 15.04.2019r."

Cześć podmiotów odpowiedziała, że nie przyjmuje odpadów o podanych kodach, odpadów z województwa śląskiego lub odpadów od podmiotów zewnętrznych.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz o wykluczeniu go postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy

Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności, co następuje.

W zakresie zgodności oferty z siwz:

„(...) W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, iż bezsprzecznie informacje podane w tym zakresie stanowią treść oferty i stanowią istotną deklarację Wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia miejsca przekazywania odpadów. Potwierdza to zarówno umieszczenie przez Zamawiającego Wykazu instalacji bezpośrednio w treści Formularza oferty, jak i fakt, iż Wykaz ten stanowić ma Załącznik nr 5 do umowy w sprawie zamówienia publicznego („wykaz instalacji, do których przekazywane są odebrane odpady komunalne"). Powyższe oznacza to, że zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie instalacje wraz z podanymi przez niego kodami, stałyby się po podpisaniu umowy treścią umowy.

Uwzględniając powyższe, z treści oferty Wykonawcy wprost wynika, iż odpady o określonych kodach (zmieszane odpady komunalne oraz odpady ulegające biodegradacji) mają być przekazywane do instalacji, które takich odpadów odbierać nie mogą, ponieważ nie są do tego uprawnione - są instalacjami spoza regionu, do którego można te odpady przekazywać zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa Śląskiego (poz. /wiersz 1, 34, 36, 37 i 38 Wykazu instalacji z oferty Wykonawcy). Ponadto, po powzięciu wątpliwości co do treści oferty Wykonawcy obejmującej Wykaz instalacji, Zamawiający zwrócił się do części podmiotów zarządzających instalacjami - wskazanych w ofercie Wykonawcy z zapytaniem, czy dana instalacja jest uprawniona do przyjmowania i czy przyjmuje odpady komunalne o wskazanych w ofercie Wykonawcy kodach.

Zamawiający uzyskał następujące odpowiedzi:

1. Zarządca Instalacji Biosystem Elektrorecykling z Krakowa (pozycja 4 tabeli z oferty Wykonawcy) - odpisał, iż spośród wymienionych kodów instalacja jest uprawniona do przyjmowania odpadów o kodzie 20 01 35* - nie potwierdzając tym samym posiadania uprawnień do przyjmowania odpadów o kodach: 15 01 07, 17 02 02, 20 01 02;

2. Zarządca instalacji PPUH Coton z Brzegu (pozycja 6 tabeli z oferty Wykonawcy) odpisał, iż rejon zbiórki opon nie obejmuje województwa Śląskiego;

3. Zarządca instalacji Chemeko-System Sp. z o.o. z miejscowości Rudna Wielka (pozycja 9 tabeli z oferty Wykonawcy) - odpisał, iż instalacja nie przyjmuje odpadów spoza regionu gospodarki dla którego jest przypisana w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla województwa dolnośląskiego;

4. Zarządca instalacji Polsuper Sp. z o.o. z Warszawy (pozycja 34 tabeli z oferty

Wykonawcy) - odpisał, iż instalacja nie obsługuje podmiotów zewnętrznych ani nie odbiera odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zezwolenie na odbiór odpadów jest wykorzystywane przez instalację dla własnych celów do zbierania odpadów wytworzonych;

5. Zarządca instalacji Partner Sp. z o.o. z Warszawy (pozycja 36 tabeli z oferty Wykonawcy) - odpisał, iż prowadzi przetwarzanie odpadów tylko na własne potrzeby;

6. Zarządca instalacji MS-EKO Sp. z o.o. z Warszawy (pozycja 37 tabeli z oferty Wykonawcy) - odpisał, iż instalacja nie zajmuje się przetwarzaniem odpadów komunalnych;

7. Zarządca instalacji KOMA M. P. z miejscowości Dębe Wielkie (pozycja 38 z tabeli oferty

Wykonawcy) odpisał, iż nie są zainteresowani odbiorem i

zagospodarowaniem odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska.

Podsumowując należy stwierdzić, iż Wykonawca wskazał w swojej ofercie instalacje, do

których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, które nie są do tego uprawnione (ewentualnie są uprawnione tylko w zakresie części kodów, które wskazał Wykonawca) lub prowadzą przetwarzanie odpadów tylko na własne potrzeby lub nie są zainteresowane odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska.

Powyższe oznacza, iż Wykonawca po pierwsze, zadeklarował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z treścią SIWZ (w opisie przedmiotu zamówienia - strona 6 pkt II ppkt 1 - Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, iż Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa), co stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, a po drugie, iż wskazując konkretne instalacje wraz z kodami odpadów, które do tych instalacji mają być przekazywane, Wykonawca podał informacje nieprawdziwe (brak uprawnień lub nieodbieranie odpadów od innych podmiotów lub nieodbieranie odpadów z terenu Miasta Ruda Śląska), które są istotne dla prowadzonego postępowania i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. To z kolei stanowi podstawę do wykluczenia z prowadzonego postępowania, co Zamawiający szerzej uzasadnia w pkt II niniejszego pisma."

W zakresie rażąco niskiej ceny:

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał następujące przyczyny uznania, że cena odwołującego jest rażąco niska [szczegółowe uzasadnienie zostało pominięte ze względu na informacje zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa]:

1) Wykonawca nie dołączył do przedstawionych wyjaśnień żadnych dowodów, tj. zawartych umów z instalacjami odbierającymi odpady zmieszane lub ulegające biodegradacji z terenu Miasta Ruda Śląska (ewentualnie umów przedwstępnych lub innych dokumentów), potwierdzających rozeznanie przez Wykonawcę możliwości zagospodarowania odpadów po określonych cenach.

2) Wykonawca nie uwzględnił szacowanego przez Zamawiającego założonego wzrostu

ilości odbieranych odpadów.

3) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru jednej z frakcji odpadów.

4) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru popiołu.

5) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru odpadów ulegających biodegradacji (biomasa).

6) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował kosztyodbioru odpadów wielkogabarytowych.

7) Wykonawca w sposób niedbały (tj. z licznymi omyłkami) dokonał wyliczenia pozycji: Koszty zagospodarowania odpadów (tabela nr 1 3 wyjaśnień).

8) Wykonawca wskazał nieprawidłowe miejsca utworzenia bazy magazynowo-transportowej oraz PSZOK - a tym samym dokonał błędnej kalkulacji kosztów.

9) Wykonawca dokonał nieprawidłowej kalkulacji kosztów utrzymania bazy magazynowo-

transportowej.

10) Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów ogólnozakładowych w swojej siedzibie.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

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

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

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto 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.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z siwz, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z art. 66 § 1 ustawy kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z przepisu wynika, że oferta jest oświadczeniem woli zawierającym istotne postanowienia przyszłej umowy. Składający ww. oświadczenie woli jest nim związany przez określony czas, który to czas - w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jest wskazany przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie można zgodzić się z odwołującym, że zawarty przez niego w ofercie wykaz instalacji, do których będzie przekazywał odpady, powinien być traktowany jako wyłącznie informacyjny, czy deklaratoryjny. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, podmiot składający ofertę składa oświadczenie woli, które nie może być dowolnie zmieniane i które ma charakter wiążący, zatem nie można traktować oferty jako wyłącznie „pisma informacyjnego". Po drugie, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu treść nad tabelą, do której należało wpisać instalacje, była precyzyjna: „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości". Tekst: „do których przekazywane będą" jasno wskazuje, że do tabeli należało wpisać wyłącznie te instalacje, do których wykonawca po zawarciu umowy z zamawiającym faktycznie będzie przekazywał odpady, a nie wszystkie instalacje, które są znane odwołującemu i co do których dopiero po zawarciu umowy podejmie on decyzję, do której wozić odpady, a do której nie. Innymi słowy: decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, odwołujący zobowiązał się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki był cel zamieszczenia przez zamawiającego ww. tabeli w formularzu ofertowym.

Odwołujący wpisał do tabeli w ofercie 39 instalacji, z których część nie jest uprawniona do odbioru odpadów, gdyż: są instalacjami spoza regionu, do którego można te odpady przekazywać zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa śląskiego albo nie mogą odbierać odpadów o określonych kodach, które odwołujący wpisał do tabeli albo nie odbierają w ogóle odpadów od podmiotów zewnętrznych. Tym samym, skoro odwołujący wpisał do oferty m.in. instalacje, którym z ww. przyczyn nie będzie mógł przekazywać odpadów, to znaczy, że odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z siwz. Należy bowiem zauważyć, że w pkt II ust. 1 OPZ zamawiający wpisał: „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa". Z kolei choćby w art. 20 ustawy o odpadach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.) Ustawodawca sformułował zasadę bliskości przetwarzania odpadów, w tym w szczególności w ust. 7 i 8 wskazał:

7. Zakazuje się przetwarzania:

1) zmieszanych odpadów komunalnych,

2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania,

3) odpadów zielonych

- poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

8. Zakazuje się przywozu na obszar regionu gospodarki odpadami komunalnymi odpadów, o których mowa w ust. 7, wytworzonych poza obszarem tego regionu.

Z powyższego wynika, że wskazanie w ofercie instalacji, którym odwołujący nie będzie mógł przekazywać odpadów, oznacza złożenie oferty niezgodnej z siwz, a zatem oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można przy tym uznać, że treść uzyskanych przez zamawiającego odpowiedzi od instalacji wymienionych w ww. siedmiu pozycjach była wynikiem sposobu sformułowania

pytania przez zamawiającego. Zamawiający w pytaniu wyraźnie wskazał na prowadzony przez siebie przetarg, co oznacza, że pytane podmioty musiały wiedzieć, że potencjalnym dostawcą odpadów będzie wybrany w tym przetargu wykonawca, nie zaś sam zamawiający. Nie jest zatem zasadny podnoszony przez odwołującego argument, jakoby treść ww. odpowiedzi była spowodowana wyłącznie brakiem zamiaru współpracy pytanych instalacji z tym konkretnym zamawiającym.

Odnosząc się z kolei do podniesionej przez odwołującego kwestii poprawienia treści tabeli w formularzu ofertowym jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy stwierdzić, co następuje. Po pierwsze, wpisanie do tabeli instalacji, za pomocą których nie będzie możliwa realizacja przedmiotu zamówienia, nie może być uznane za omyłkę, skoro odwołujący sam twierdzi, że zrobił to świadomie uznając, że sposób wypełnienia tabeli ma charakter wyłącznie informacyjny czy deklaratoryjny. Tym samym odwołujący przyznaje, że wypełniając tabelę nie popełnił omyłki, a jedynie nieprawidłowo potraktował jej treść jako niewiążącą go co do faktycznego miejsca przekazywania odpadów. Po drugie, należy stwierdzić, że poprawienie oferty odwołującego poprzez wykreślenie części instalacji lub kodów stanowiłoby ingerencję w zaoferowany przez odwołującego niezgodny z prawem sposób realizacji zamówienia, a więc stanowiłoby istotną zmianę treści oferty. Tym samym, nie jest dopuszczalne w przedmiotowej sprawie poprawienie treści tabeli zawartej w ofercie odwołującego jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że udzielone przez niego wyjaśnienia powinny prowadzić do uznania przez zamawiającego, że oferta jest zgodna z siwz. Sam fakt udzielenia przez wykonawcę odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, nie zobowiązuje zamawiającego do przyjęcia, że oferta jest zgodna z siwz. Zamawiający ma jedynie obowiązek dokonać oceny złożonych wyjaśnień, natomiast ocena ta - w zależności od jej wyniku - może prowadzić zarówno do uznania, że oferta jest zgodna z siwz, jak i do uznania, że nie jest zgodna z siwz. W tym wypadku, zamawiający słusznie, w ocenie Izby, uznał, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz.

W konsekwencji powyższych ustaleń należy stwierdzić, że zachodziła podstawa do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem postąpił lekkomyślnie i niedbale wpisując do oferty różne instalacje bez sprawdzenia, czy faktycznie będzie mógł do nich przekazywać odpady. Tym samym przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do zgodności z prawem sposobu wykonania zamówienia. Informacje te w oczywisty sposób wpływały na decyzje podejmowane przez zamawiającego w trakcie postępowania, ponieważ miały bezpośrednie przełożenie na ocenę zgodności oferty z siwz, a tym samym na decyzje o ew. odrzuceniu oferty i o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykluczenie odwołującego na podstawie ww. przepisu było zatem, w ocenie Izby, zasadne.

Odnosząc się do kwestii ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że to, że cena oferty odwołującego nie jest niższa o najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i średniej arytmetycznej ofert, nie oznacza, że zamawiający pozbawiony jest prawa do badania realności tej ceny i ewentualnie uznania jej za rażąco niską. Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje bowiem sytuację, gdy badanie ceny oferty jest obligatoryjne, niemniej jednak na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może poddać cenę badaniu zawsze, gdy nabierze wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z siwz lub z odrębnymi przepisami.

Również fakt, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy nie wyklucza możliwości badania ceny oferty i uznania jej ewentualnie za rażąco niską. Przy czym wskazanie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu argumentów dotyczących konkretnych wyliczeń i wyjaśnień odwołującego nie oznacza, że zamawiający kwestionuje ceny jednostkowe (takowe zresztą nie były podawane w ofercie), ale oznacza, że kwestionuje kalkulację odwołującego w tym zakresie i w konsekwencji - całą podaną przez niego cenę.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych argumentów wskazanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, należy podnieść co następuje (poniższe uzasadnienie uwzględnia konieczność nieujawniania informacji objętych przez odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa).

1) Wykonawca nie dołączył do przedstawionych wyjaśnień żadnych dowodów, tj. zawartych umów z instalacjami odbierającymi odpady zmieszane lub ulegające

biodegradacji z terenu Miasta Ruda Śląska (ewentualnie umów przedwstępnych lub

innych dokumentów), potwierdzających rozeznanie przez Wykonawcę możliwości zagospodarowania odpadów po określonych cenach.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy zauważyć, że do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny odwołujący dołączył m.in. cenniki określonych instalacji. Podanie cennika nie gwarantuje jednak, że instalacja będzie odbierać od wykonawcy odpady. Jak ustalił bowiem zamawiający w ramach korespondencji prowadzonych ze wskazanymi przez odwołującego instalacjami, część z nich nie będzie mogła odbierać od odwołującego odpadów. Np. instalacja w mieście K., na której cenniku odwołujący oparł częściowo swoją kalkulację, wyraźnie odpowiedziała zamawiającemu, że „ze względu na ograniczone moce przerobowe w chwili obecnej nie jesteśmy w stanie zagwarantować zagospodarowania przedmiotowych odpadów". W związku z tym samo podanie cennika danej instalacji, w sytuacji gdy wykonawca nie ma gwarancji współpracy z tą instalacją i w konsekwencji - zagospodarowania odpadów po cenach wskazanych w jej cenniku, nie może stanowić dowodu dokonania rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Dowodami takimi byłyby np. umowy przedwstępne zawarte przez odwołującego z instalacjami, na których cenach oparł on swoją kalkulację, jednakże dowodów takich odwołujący nie przedstawił. Nie można się przy tym zgodzić z odwołującym, że zawarcie takich umów nie jest możliwe, skoro na str. 11 odwołania pisze on właśnie o zawieraniu „warunkowych umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych z potencjalnymi oferentami startującymi w przetargach". Ponadto o możliwości zawarcia takiej umowy świadczą przedstawione przez przystępującego dowody, w tym np. dowód nr 2, tj. pismo z dnia 09.04.2019 r. od Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami w Sosnowcu, w którym podmiot ten uzależnia możliwość zawarcia umowy od określenia ilości odpadów, możliwości przerobowych instalacji oraz uzgodnienia warunków umowy. Tym samym udowodnienie rzetelności przyjętej kalkulacji za pomocą np. umów przedwstępnych zawartych z instalacjami należy uznać za możliwe. Umowy takie jednocześnie stanowiłyby dużo bardziej wiarygodne dowody niż złożone przez odwołującego cenniki, których podanie w żaden sposób nie zobowiązuje instalacji do współpracy z odwołującym.

Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył. Ograniczając się do złożenia cenników na potwierdzenie cen zagospodarowania niektórych frakcji, odwołujący tego ciężaru nie udźwignął.

2) Wykonawca nie uwzględnił szacowanego przez Zamawiającego założonego wzrostu ilości odbieranych odpadów.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy zauważyć, że potwierdziły się wyliczenia zamawiającego dotyczące zaniżenia przez odwołującego ilości odpadów przyjętych do obu kalkulacji: korzystnej i niekorzystnej. W stosunku do ilości odpadów szacowanej przez zamawiającego, tj. 101 650 Mg odpadów w ciągu 20 miesięcy, w kalkulacji odwołującego z dnia 2 kwietnia 2019 r. w wersji korzystnej brakuje ok. 5% odpadów, w wersji niekorzystnej - ok. 14% odpadów, a w kalkulacji z dnia 11 kwietnia 2019 r. w wersji korzystnej - mniej niż 1% odpadów. Nawet przyjmując, że w drugich wyjaśnieniach odwołujący prawie poprawił swój błąd, bo brakująca ilość odpadów w wersji korzystnej jest już marginalna, należy zauważyć, że w dalszym ciągu odwołujący nie zmienił ilości w wersji niekorzystnej. Ponadto takie błędy i zmiany w zakresie podstawowych danych, do jakich należy ilość odpadów, świadczą o braku rzetelności w sposobie kalkulowania ceny oferty.

Należy także podkreślić, że dokonane przez Izbę obliczenia wersji niekorzystnej kalkulacji, na którą powołuje się odwołujący na str. 11 odwołania, nie potwierdziły, że uwzględnił on 112000 Mg odpadów, czyli więcej niż przewidział zamawiający.

Nie można też uznać argumentu odwołującego podniesionego na rozprawie, że w niedoszacowanej ilości mieści się prawdopodobnie papier i szkło, które nie generują kosztów po stronie odwołującego. Po pierwsze, podnosząc taki argument odwołujący przyznał, że określonej ilości odpadów nie uwzględnił w swojej kalkulacji, po drugie, odwołujący nie przedstawił dowodu na to, że w pominiętej ilości odpadów chodzi o papier i szkło, a w swojej wypowiedzi jedynie uprawdopodobnił taką możliwość, co nie może być uznane za wiarygodny dowód.

3) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru jednej z frakcji odpadów.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy wyjaśnić, że dotyczy on konkretnie popiołu, którego zagospodarowanie jest tańsze niż innych odpadów zmieszanych, zaś odwołujący zawyżył jego ilość w strumieniu odpadów, co

doprowadziło do nierealnego obniżenia ceny oferty. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powoływał się przy tym na ilości popiołu zbierane w Wałbrzychu i Sosnowcu. W trakcie rozprawy zamawiający i przystępujący wykazali jednak, że:

- odwołujący powołuje się na dane z Wałbrzycha z lutego i marca 2017 r. i 2018 r., jednak są to miesiące grzewcze, przez co podane przez odwołującego dane są niewiarygodne, gdyż wartość tej frakcji w skali rocznej będzie znacznie niższa,

- odwołujący powołuje się na dane z Sosnowca dotyczące frakcji oznaczonej kodem 20

01 99, ale po pierwsze, zgodnie ze stanowiskiem Ministra Środowiska

z 11.05.2017 r. popiół z gospodarstw domowych oznacza się kodem: ex 20 01 99, po drugie z opracowania, na które powołuje się odwołujący wynika, że ilości wskazywane przez odwołującego dotyczą całej frakcji mokrej, której popiół był tylko

częścią, zatem ilości te nie mogą świadczyć o faktycznej ilości samego popiołu.

Ustalone przez zamawiającego ilości tylko popiołu zbieranego w Sosnowcu są natomiast znacznie mniejsze, niż ilość przyjęta przez odwołującego w kalkulacji. Odwołujący ponadto przedstawił na rozprawie dowody nr 7 i 8 w postaci wydruku

z Wikipedii i Portalu Komunalnego. Abstrahując od wiarygodności zawartych tam informacji, odnosząc się w pierwszej kolejności do wydruku z Wikipedii należy zauważyć, że nie wynika z niego, jak twierdzi odwołujący, że popiół z palenisk to 30% odpadów komunalnych, ale że max. 60% to części mineralne, a w tym ok. 30% to popiół. Oznacza to, że podane 30% należy odnosić do ww. 60% odpadów, a nie do 100% odpadów w ogóle, co oczywiście powoduje zmniejszenie ilości popiołu w całym strumieniu odpadów i prowadzi do stwierdzenia, że jest to liczba mniejsza niż przyjęta w kalkulacji odwołującego. Odnosząc się z kolei do wydruku z Portalu Komunalnego należy zauważyć, że mowa w nim jest o terenach, gdzie ogrzewanie jest oparte na węglu, a zatem podane tam ponad 50% popiołu dotyczy okresu grzewczego i wyżej zdefiniowanych terenów, stąd podana wartość nie może być podstawą szacowania ilości popiołu w skali całego roku i dla dowolnych obszarów.

Reasumując, należy stwierdzić, że niezasadnie zawyżona przez odwołującego ilość popiołu wpłynęła na obniżenie ceny oferty nie znajdujące pokrycia w rzeczywistych ilościach tej frakcji.

4) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru popiołu.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy zauważyć, że podana w wyjaśnieniach odwołującego cena odbioru popiołu wynika z dołączonego cennika instalacji w mieście K., która jak ustalił to już zamawiający w korespondencji z tą instalacją, nie będzie mogła odbierać od odwołującego odpadów. W związku z tym odwołujący nie będzie mógł realizować zamówienia w oparciu o tę cenę, zaś pozostałe instalacje wskazane w wyjaśnieniach mają wyższe ceny. Tym samym nie można uznać kalkulacji za realną.

Odwołujący złożył wprawdzie w trakcie rozprawy dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, w którego treści ww. cena została potwierdzona przez jeszcze inną instalację, jednak należy stwierdzić, że dowód taki powinien zostać złożony zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, a nie dopiero na rozprawie (zwłaszcza, że na prośbę odwołującego termin na złożenie wyjaśnień został przedłużony), ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający, odległość tej instalacji od Rudy Śląskiej powoduje, że do podanej ceny należy doliczyć koszty transportu. Odwołujący nie przedstawił przy tym dowodu na poparcie swojego argumentu, zgodnie z którym nie ma potrzeby doliczać kosztów transportu, bo instalacja ta ma stację przeładunkową w Siemianowicach Śląskich. Teza o siedzibie stacji przeładunkowej pozostała nieudowodniona. Oznacza

to, że przyjęta w kalkulacji cena nie może być uznana za realną.

5) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru odpadów ulegających biodegradacji (biomasa).

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy zauważyć, że podana w wyjaśnieniach odwołującego cena odbioru biomasy wynika z dołączonego cennika instalacji w mieście K., która jak ustalił to już zamawiający w korespondencji z tą instalacją, nie będzie mogła odbierać od odwołującego odpadów. W związku z tym odwołujący nie będzie mógł realizować zamówienia w oparciu o tę cenę, zaś pozostałe instalacje wskazane w wyjaśnieniach mają wyższe ceny. Tym samym nie można uznać kalkulacji za realną.

Ponadto złożony przez odwołującego dowód nr 3 w postaci oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Zabrzu zawiera wskazanie ceny wyższej niż podana w wyjaśnieniach odwołującego (abstrahując od tego, że powinien zostać złożony wraz z wyjaśnieniami, a nie dopiero na rozprawie).

Nie potwierdził się także argument odwołującego o tym, że używając worków biodegradowalnych obniży on cenę odbioru biomasy. Przede wszystkim odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na taką tezę, natomiast przystępujący przedstawił pismo firmy BM Recykling Sp. z o.o., z którego wynika, że rodzaj worków nie ma znaczenia dla ceny odbioru biomasy.

Nie można też przyjąć za wiarygodną tezy odwołującego, że odpady z tej frakcji nie są zwykle zabrudzone i będzie można zagospodarować je w niższej cenie dla czystej biomasy. Jest faktem ogólnie znanym, że część gospodarstw domowych nie dokonuje prawidłowej segregacji odpadów i frakcja odpadów zielonych nie jest tu wyjątkiem. Dlatego też opieranie kalkulacji na ww. założeniu, nie może czynić tej kalkulacji realną.

Wreszcie, zgłoszony przez odwołującego na rozprawie zamiar pokrycia kosztów odbioru biomasy z oszczędności wygenerowanej na popiole nie może uzasadniać prawidłowości przyjętej kalkulacji, skoro - jak wykazano wyżej - kalkulacja popiołu nie jest prawidłowa, a ponadto konieczność dokonywania takiej manipulacji kosztami odbioru różnych frakcji potwierdza w istocie to, że wyliczenia ceny oferty nie były przez odwołującego w pełni przemyślane.

6) Wykonawca nieprawidłowo skalkulował koszty odbioru odpadów wielkogabarytowych.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy zauważyć, że podana w wyjaśnieniach odwołującego cena odbioru odpadów wielkogabarytowych wynika z dołączonego cennika instalacji w mieście K., która jak ustalił to już zamawiający w korespondencji z tą instalacją, nie będzie mogła odbierać od odwołującego odpadów. W związku z tym odwołujący nie będzie mógł realizować zamówienia w oparciu o tę cenę, zaś pozostałe instalacje wskazane w wyjaśnieniach mają wyższe ceny. Tym

samym nie można uznać kalkulacji za realną.

Odwołujący złożył wprawdzie w trakcie rozprawy dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, w którego treści jeszcze inna instalacja podała cenę nawet niższą niż wskazana w wyjaśnieniach, jednak należy stwierdzić, że dowód taki powinien zostać złożony zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami, a nie dopiero na rozprawie (zwłaszcza, że na prośbę odwołującego termin na złożenie wyjaśnień został przedłużony), ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający, odległość tej instalacji od Rudy Śląskiej powoduje, że do podanej ceny należy doliczyć koszty transportu. Odwołujący nie przedstawił przy tym dowodu na poparcie swojego argumentu, zgodnie z którym nie ma potrzeby doliczać kosztów transportu, bo instalacja ta ma stację przeładunkową w Siemianowicach Śląskich. Teza o siedzibie stacji przeładunkowej pozostała nieudowodniona. Oznacza to, że przyjęta w kalkulacji cena nie może być uznana za realną.

7) Wykonawca w sposób niedbały (tj. z licznymi omyłkami) dokonał wyliczenia pozycji: Koszty zagospodarowania odpadów (tabela nr 13 wyjaśnień).

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy stwierdzić, że potwierdziły się liczne omyłki popełnione przez odwołującego w przedstawionych wyliczeniach. W świetle pozostałych wskazanych przez zamawiającego argumentów dowodzących nierzetelności kalkulacji odwołującego, świadczą one dodatkowo o braku staranności w jej opracowaniu.

8) Wykonawca wskazał nieprawidłowe miejsca utworzenia bazy magazynowo-transportowej oraz PSZOK - a tym samym dokonał błędnej kalkulacji kosztów.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że to, że zamawiający nie wymagał dysponowania bazą i PSZOK na etapie składania ofert nie oznacza, że wykonawca będzie zwolniony z obowiązku ich utworzenia, a co za tym idzie - nie oznacza, że zamawiający nie może zbadać, czy wykonawca należycie uwzględnił koszty ich funkcjonowania. Brak ww. wymogu nie stanowi zatem przeszkody do dokonania oceny ceny oferty.

Ponadto należy zgodzić się z zamawiającym, że w oznaczonych przez odwołującego miejscach baza i PSZOK nie mogą być zlokalizowane, gdyż nie przewiduje tego miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. W powoływanym przez odwołującego wyroku NSA (sygn. akt II OSK 1553/16) rozróżniono gospodarkę odpadami związaną z prowadzoną działalnością gospodarczą od gospodarki odpadami

komunalnymi, która prowadzona jest przez gminy lub podmioty, które działają w tym zakresie na zlecenie gminy. Jednocześnie w wyroku tym stwierdzono, że gospodarka odpadami komunalnymi może być prowadzona na terenach oznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego symbolem „O". Skoro zatem wskazana przez

odwołującego lokalizacja mieści się na terenie oznaczonym w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jako „PU1", to odwołujący nie może prowadzić tam bazy magazynowo-transportowej i PSZOK.

Jednocześnie nie są zasadne argumenty odwołującego odnoszące się do tego, że inny wykonawca na pobliskiej działce prowadzi już PSZOK. Zamawiający wyjaśnił, że ww. wykonawca zaczął prowadzić swoją działalność przed wejściem w życie obecnie obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie zaś z art. 35 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1945 ze zm.) tereny, których przeznaczenie plan miejscowy zmienia, mogą być wykorzystywane w sposób dotychczasowy do czasu ich zagospodarowania zgodnie z tym planem, chyba że w planie ustalono inny sposób ich tymczasowego zagospodarowania. Działalność ww. wykonawcy, jak też lokalizacja wskazana przez odwołującego mieści się na terenie oznaczonym „PU1", przy czym miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego tego oznaczenia nie zmienił. Ponadto w uchwale nr 1066/LXI/2006 Rady Miasta Ruda Śląska zatwierdzającej ten plan wskazano, że: „Do czasu zagospodarowania terenów zgodnie z funkcją podstawową, lub dopuszczalną określoną w planie, dopuszcza się dotychczasowe zagospodarowanie, urządzanie i użytkowanie terenów, jeśli spełnia ono obowiązujące wymogi środowiska orz inne wynikające z przepisów szczególnych". Tym samym wskazywany przez odwołującego inny wykonawca prowadzi na tym terenie PSZOK, ponieważ kontynuuje swoją działalność, natomiast odwołujący jest wykonawcą, który działalność taką będzie dopiero rozpoczynał i dlatego w jego przypadku prowadzenie bazy i PSZOK na tym terenie nie jest dopuszczalne.

Nie ma zatem znaczenia w sprawie złożony przez odwołującego na rozprawie dowód nr 13 w postaci rejestru decyzji Miasta Ruda Śląska zezwalających na zbieranie lub transport odpadów. Decyzje te dotyczą bowiem kontynuacji działalności, działalności prowadzonej na własny użytek, działalności w zakresie innych odpadów niż komunalne lub w ogóle innej działalności i odwołujący nie wykazał, aby którakolwiek z nich dotyczyła rozpoczęcia działalności w zakresie odpadów komunalnych prowadzonej na zlecenie gminy.

W trakcie rozprawy odwołujący podniósł też argument o tym, że prowadzenie PSZOK może on powierzyć podwykonawcy. Odwołujący nie zawarł jednak tego argumentu w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trakcie postępowania, a ponadto także na rozprawie nie wyjaśnił, w jaki sposób i w jakiej wysokości powierzenie ww. zadania podwykonawcy miałoby wpływać na obniżenie ceny oferty.

W konsekwencji, potwierdził się argument zamawiającego, zgodnie z którym wskazana przez odwołującego lokalizacja bazy magazynowo-transportowej i PSZOK,

jest nieprawidłowa. Powyższe prowadzi do stwierdzenia, że kalkulacja odwołującego oparta na tej lokalizacji, również nie jest prawidłowa. Oznacza to, że odwołujący musi znaleźć nową lokalizację dla bazy i PSZOK, co w przypadku lokalizacji poza Rudą Śląską, pociąga za sobą zwiększenie kosztów transportu, zwłaszcza paliwa. Odwołujący twierdzi, że przewidział rezerwę 30% na koszty paliwa, ale jest to rezerwa dotycząca jedynie wzrostu ceny paliwa, a nie wzrostu jego zużycia z uwagi na konieczność pokonywania większych odległości. Tym samym nie można uznać, że cena oferty odwołującego uwzględnia zmianę lokalizacji bazy i PSZOK oraz wzrost kosztów zużycia paliwa.

Niezależnie od ww. argumentów zamawiającego, nie bez znaczenia pozostają również argumenty podniesione w tym zakresie przez przystępującego, który dodatkowo zauważył, że:

a) na dzień prowadzenia rozprawy odwołujący w dalszym ciągu nie dysponował zezwoleniem na odbiór odpadów ani tytułem prawnym do nieruchomości, na której prowadzona miałaby być baza lub PSZOK, co zmniejsza jego szanse na rozpoczęcie realizacji zamówienia w terminie zgodnym z siwz;

b) jeżeli odwołujący nie zdoła utworzyć bazy i PSZOK w terminie wskazanym w siwz, musi się liczyć z karami umownymi przewidzianymi przez zamawiającego w projekcie umowy, które wówczas podwyższą ponoszone przez niego koszty;

c) jeżeli wskazywana w wyjaśnieniach (nieprawidłowa) lokalizacja bazy i PSZOK nie

ma charakteru wiążącego, jak wskazywał odwołujący, to znaczy, że koszty ich funkcjonowania w innej, nieznanej jeszcze lokalizacji, nie są w istocie znane nawet odwołującemu.

Powyższe również potwierdza nierzetelność kalkulacji odwołującego i to, że na obecnym etapie nie jest on jeszcze przygotowany do realizacji niniejszego zamówienia.

9) Wykonawca dokonał nieprawidłowej kalkulacji kosztów utrzymania bazy magazynowo-transportowej.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił dowodu na poparcie tezy, że część kosztów utrzymania bazy magazynowo-transportowej, które powinny być ujęte w pozycji „media", została ujęta w pozycji „amortyzacja". Wskazane pojęcia oznaczają co innego i dlatego też koszty między ww. pozycjami nie powinny być dowolnie przerzucane. Stąd wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają rzetelnej kalkulacji.

10) Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów ogólnozakładowych w swojej siedzibie.

Odnosząc się do tego argumentu zamawiającego, należy stwierdzić, że oczywistym jest, że odwołujący, jak każdy podmiot gospodarczy musi ponosić koszty takie jak m.in.: wynagrodzenia pracowników biurowych i kadry zarządzającej, wyposażenie biurowe, ubezpieczenie, amortyzacja, obsługa prawna, czyli koszty niezwiązane bezpośrednio ze świadczeniem usługi. Koszty te w odpowiedniej proporcji powinny być brane pod uwagę do skalkulowania ceny oferty, ponieważ bez ich poniesienia, wykonawca nie jest w stanie prowadzić działalności, a tym samym - zrealizować zamówienia. W związku z tym brak uwzględnienia tego rodzaju kosztów stanowi błąd w kalkulacji. Jednocześnie zauważyć należy, że argument odwołującego o ujęciu tych kosztów w kosztach bezpośrednich, nie został poparty żadnym dowodem, zaś argument o ich marginalnym znaczeniu świadczy o bagatelizowaniu przez odwołującego obowiązku dokonania rzetelnej i pełnej kalkulacji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zasadnie odrzucił ofertę odwołującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....