

**WYROK**  
**z dnia 22 stycznia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawcę

**NEWKOM EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leżachowie**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Przeworską Gospodarkę Odpadami Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przeworsku**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża NEWKOM EKO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez NEWKOM-EKO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od NEWKOM EKO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Przeworskiej Gospodarki Odpadami Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę zł 3 600 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia

11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok

– w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 3442/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Przeworska Gospodarka Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie osadów z Oczyszczalni ścieków w Przeworsku – 2” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2020 r. Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 613211. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – NEWKOM EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie – powołując się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – od czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez wybór oferty wykonawców Agrobonus Sp. z o.o. K. D., A. D., IRRECO Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Agrobonus”, zarzucając Zamawiającemu, że powyższa oferta powinna być odrzucona ze względu na spełnienie warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia [powinno być: „niespełnienie”] oraz ze względu na fakt, że oferent, którego oferta została wybrana, przedstawił rażąco niską cenę. Ponadto wykonawcy ci nie załączyli kompletu dokumentów niezbędnych do załączenia do oferty zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to jest dowodu opłacenia polisy OC.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie wykonania czynności Zamawiającego.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, że decyzja na odzysk, którą przedłożyło Konsorcjum Agrobonus nie może być zastosowana w okresie zimowym, ponieważ rekultywacja terenu nie jest wtedy możliwa i dopuszczalna, ponadto nie ma możliwości stosowania tego typu odzysku, gdy temperatura jest ujemna, a gleba zamrożona.

Teren składowiska nie jest „zamknięty”, decyzja została wydana stosunkowo niedawno, nie było czasu na wykonanie tylu prac, a osady można stosować do rekultywacji na zamkniętą czasę, warstwę biologiczną, nawierzchnie.

Ponadto miejsce odzysku jest w odległości 627 km od oczyszczalni ścieków. Wliczając koszt załadunku, transportu (w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazany po stronie wykonawcy), koszt realizacji wywozu i odzysku powinien budzić wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, wręcz koszty przewyższają wskazaną cenę. Szacunkowo sam transport

z załadunkiem wyniesie ok. 200 zł netto. W cenie nie jest (bo w tej sytuacji nie może być) uwzględniona cena odzysku.

Tymczasem cena podana do wykonania zadania przez Konsorcjum Agrobonus wynosi 142 zł, co jest nierealne.

Ponadto w ofercie Konsorcjum Agrobonus w uzupełnieniach przedłożonych w związku

z wezwaniem do ich przedłożenia, brak dowodu opłaty OC stanowiącego, że polisa jest opłacona i aktualna.

Działki wskazane w ofercie i uzupełnieniach nie spełniają ilościowo zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak jest spełnienia warunku powierzchni do ilości odpadów niezbędnych do zagospodarowania.

Konsorcjanci załączyli wraz z ofertą wypis i wyrys działek, w obszarze których znajdują się miejsca ustawowo zakazane do stosowania w procesie RIO tj. działka 114 o pow. 3,72 ha, a nie wskazanej przez oferenta 7,29 ha – po odliczeniu łąk, nieużytków, gruntów zadrzewionych i zakrzewionych – wg powyższego na wskazany obszar można zastosować szacunkowo 750 ton, a nie wskazane 1600 Mg; działka 392 o pow. 7,51 ha, a nie wskazanej przez oferenta 7,70 ha – po odliczeniu łąk, nieużytków, gruntów zadrzewionych i zakrzewionych – wg powyższego na wskazany obszar można zastosować szacunkowo 1500 ton, a nie wskazane 1650 Mg. Suma prawidłowego obliczonego potencjału działek stanowi ilość 2250 Mg, podczas gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazuje wymóg ilości potencjału 2500 Mg, a ponadto 750 Mg na odzysk. W przedstawionych w uzupełnieniu badaniach konsorcjanci nie wyłączyli łąk, nieużytków, gruntów zadrzewionych i zakrzewionych tym samym przedstawiając nieprawidłowe badania. Ponadto drugie

badanie obejmuje działkę 111/5, której nigdzie wcześniej w dokumentach, ofercie, uzupełnieniach nie wykazywano, co więcej brak jest wypisów i wyrysów dla działki.

### III Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego oraz zasądzenie od Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że wątpliwości budzi zarzut sformułowany przez Odwołującego

w odwołaniu, w którym zarzuca on zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Agrobonus wobec spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Taki zarzut nie może zostać uwzględniony, gdyż nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że dokonał zaniechania uznając spełnienie przez Konsorcjum Agrobonus warunków udziału w postępowaniu, i na tej podstawie nie odrzucił oferty.

W dalszej części odwołania Odwołujący argumentuje, że odrzucenie oferty Konsorcjum Agrobonus powinno nastąpić z trzech powodów: niespełnienia warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podania w ofercie rażąco niskiej ceny oraz braku dołączenia do oferty kompletu dokumentów tj. dowodu opłacenia polisy OC.

Wątpliwości budzą także wnioski Odwołującego co do oczekiwanych czynności następczych, których wykonania oczekuje po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż ograniczają się one do „nakazania wykonania czynności zamawiającego” nie precyzując, o jakie czynności chodzi.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego.

Co do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Agrobonus z uwagi na niespełnienie warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że w rozdziale V pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu”, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisał warunki udziału w postępowaniu oraz wykaz dokumentów i oświadczeń potwierdzających ich spełnianie.

Zamawiający przewidywał dwa warianty (metody) zagospodarowania osadów ściekowych: wariant 1. – mieszane, rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych oraz wariant 2. – inne niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych. W przypadku wyboru wariantu 1.

w zakresie zagospodarowania osadów ściekowych w okresie zimowym, Zamawiający żądał przedstawienia m. in. opisu sposobu zagospodarowania osadów ściekowych w okresie zimowym. Konieczność opisu sposobu zagospodarowania w okresie zimowym występuje wyłącznie przy wariantcie 1.

Konsorcjum Agrobonus przedstawiło dokument, z którego wynika, że w okresie zimowym osady ściekowe zostaną zagospodarowane zgodnie z decyzją nr BŚ.6233.1.2019.MGG Starosty Nowosolskiego z 7 października 2019 r.

Obowiązujące przepisy prawa, w szczególności przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach nie zabraniają zagospodarowania osadów ściekowych w okresie zimowym. Zamawiający nie może zgodzić się z tezą, że w okresie zimowym nie jest możliwa rekultywacja terenu. Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, myli pojęcia, gdyż wspomniana ustawa

o odpadach zabrania stosowania osadów ściekowych na terenach czasowo zamarzniętych

i pokrytych śniegiem, a nie w okresie zimowym, niezależnie od tego, czy Odwołujący miał na myśli okres od 22 grudnia do 21 marca (zima kalendarzowa), czy okres od 1 grudnia do ostatniego dnia lutego. Konsorcjum Agrobonus załączyło do złożonej oferty potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię powyżej opisanej decyzji.

Zamawiający nie dokonuje merytorycznej oceny dokumentów urzędowych wydanych przez uprawnione do tego organy.

Skoro zatem w decyzji nie wskazano, że zakazuje ona zagospodarowania osadów w okresie zimowym, Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania treści decyzji w tym zakresie. Zamawiający nie jest także uprawniony do dokonywania oceny przedłożonej decyzji w zakresie daty jej wydania oraz wątpliwości Odwołującego w zakresie przygotowania terenu do prowadzenia rekultywacji. Zamawiający nie jest uprawniony do badania, czy data wydania decyzji i sposób rekultywacji osadów w niej określony umożliwiają na dzień złożenia oferty prowadzenie odzysku odpadów w sposób określony w decyzji.

Odnosząc się do przedstawionego wykazu działek Zamawiający wskazał, że zgodnie

z wymaganiami rozdziału V pkt 2.3 lit. C specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagano przedstawienia m. in.:

- wykazu działek przeznaczonych do aplikacji osadów z przewidzianymi ilościami osadów do aplikacji na gruntach,
- oświadczenia o posiadanym tytule prawnym do gruntu, jeżeli wykonawca nie jest właścicielem gruntu,
- oświadczenia o niepodleganiu gruntu zakazom stosowania aplikacji osadów zgodnie z art. 96 ust. 12 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.,
- oświadczenia o stosowanych uprzednio dawkach osadu na wykazanych gruntach lub o braku jego stosowania, w okresie ostatnich 3 lat,
- wyniki badania gruntu działek, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe.

Konsorcjum Agrobonus przedstawiło wykaz z rejestru gruntów prowadzonego przez Starostę Lubaczowskiego, dla działek o numerach 114 oraz 392 z 9 stycznia 2015 r., z którego wynika, że ich powierzchnia wynosi 14,99 ha.

Właścicielem przedstawionych działek jest partner Konsorcjum – K. D.

Zamawiający dokonał analizy przedstawionych dokumentów z uwzględnieniem rodzaju gruntów, rodzaju osadów i ich parametrów oraz dopuszczalnych dawek osadu na 1 ha

i stwierdził prawidłowość doboru wielkości i rodzaju działek do przewidywanej ilości osadu.

Zatem w ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego w zakresie spełniania przez Konsorcjum Agrobonus warunków udziału w postępowaniu, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezzasadne.

Co do braku dowodu opłacenia polisy OC Zamawiający wskazał, że w rozdziale V pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – sytuacja ekonomiczna i finansowa Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę posiadania dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 100.000,00 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie takich kompetencji lub uprawnień, o ile obowiązek ich posiadania wynika

z odrębnych przepisów, w szczególności potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie mógł w ramach postępowania żądać dokumentu w postaci potwierdzenia

opłacenia składki za przedłożoną polisę OC, gdyż ani

z obowiązujących przepisów prawa, ani z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika obowiązek przedłożenia takiego potwierdzenia. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, czyni także i ten zarzut nieuzasadnionym.

Co do zarzutu braku odrzucenia oferty Konsorcjum Agrobonus ze względu na podanie rażąco niskiej ceny Zamawiający wyjaśnił, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 529.095,00 zł netto. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że z podejrzeniem rażąco niskiej ceny mamy do czynienia, 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. Przepis ten wskazuje na konieczność łącznego wystąpienia dwóch przesłanek, tj. cena wydaje się rażąco niska oraz zamawiający ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi

z odrębnych przepisów. Równocześnie w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z kolei ten przepis wskazuje na obligatoryjną konieczność przeprowadzenia badania w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji wystąpienia warunków w tym przepisie wskazanych.

W stanie faktycznym sprawy ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi: 529.095,00 zł netto + 8 % VAT tj. = 571 422,60 zł brutto.

Cena całkowita oferty Konsorcjum Agrobonus wyniosła 498.420,00 zł brutto, co stanowi 87,22% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, zgodnie z art. 35 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Konsorcjum Agrobonus i oferta Odwołującego. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wyniosła 547.560,00 zł brutto, zatem cena oferty Konsorcjum Agrobonus stanowi 91,03% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Mając na uwadze, w ocenie Zamawiającego, oferta Konsorcjum Agrobonus nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. przedstawione w tej ofercie warunki cenowe odzwierciedlają realia rynkowe, a co za tym idzie, Zamawiający nie ma wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wynikającymi

z odrębnych przepisów. Zamawiający uznał zatem, że nie ma podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Równocześnie oferta Konsorcjum Agrobonus jest o 12,78% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego oraz o 8,97% niższa niż średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert. Mając na uwadze powyższe Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania przepisów art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzut rażąco niskiej ceny w stanie faktycznym sprawy także jest nieuzasadniony.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania nie jest sporny między Stronami.

Zgodnie z art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Wymagania co do treści odwołania zostały doprecyzowane w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r., poz. 1092), który wskazuje, że odwołanie ma zawierać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Agrobonus nie wskazując ani konkretnej podstawy prawnej, ani konkretnego uzasadnienia postawionych zarzutów uzasadniających wniesienie odwołania oraz nie przedstawiając dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Zgodnie przywołanymi przepisami odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne

i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Co do zasady, i poprawnie, zarzuty i żądania sformułowane są na wstępie odwołania, a uzasadnienie, jak nazwa wskazuje, służy przedstawieniu argumentacji na ich poparcie, podobnie jak i dowody na ich poparcie. Jednak w przypadku braku zastosowania tego schematu przyjmuje się, że zarzutem jest wynikająca

z odwołania czynność/czynności lub zaniechanie/zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, które można wywnioskować z całej treści odwołania, opisane na tyle jasno, by zamawiający mógł stwierdzić, czy zarzucane mu uchybienia rzeczywiście nastąpiły i ewentualnie uwzględnić odwołanie, by je naprawić.

Podobnie w stosunku do Izby – na podstawie konkretnego uzasadnienia Izba jest w stanie dokonać prawidłowego przypisania naruszonych przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdzenia prawidłowego lub nieprawidłowego działania zamawiającego, zgodnie z zasadą *da mihi factum dabo tibi ius*. Wymaga to jednak odpowiedniego uzasadnienia odwołania, jak też odpowiedniej argumentacji podczas rozprawy, w tym ewentualnie

przedstawienia stosownych dowodów. Rolą Izby nie jest bowiem zastępowanie odwołującego się wykonawcy, byłoby to też naruszeniem zasady kontrydiktoryjności stron i roli Izby jako organu rozpatrującego odwołanie, a nie je formułującego.

Z treści odwołania, w ocenie Izby, można wywieść następujące zarzuty:

1. niespełnienie przez Konsorcjum Agrobonus wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że decyzja na odzysk, którą przedłożyło Konsorcjum Agrobonus, nie może być zastosowana w okresie zimowym, ponieważ rekultywacja terenu nie jest wtedy możliwa i dopuszczalna, ponadto nie ma możliwości stosowania tego typu odzysku, gdy temperatura jest ujemna, a gleba zamrożona, zaś teren składowiska nie jest „zamknięty”, gdyż decyzja została wydana stosunkowo niedawno i nie było czasu na wykonanie tylu prac, a osady można stosować do rekultywacji na zamkniętą czaszę, warstwę biologiczną, nawierzchnię,

2. rażąco niską cenę oferty Konsorcjum Agrobonus, gdyż miejsce odzysku jest w odległości 627 km od oczyszczalni ścieków, a wliczając koszt załadunku, transportu (w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazany po stronie wykonawcy), koszt realizacji wywozu

i odzysku powinien budzić wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, wręcz koszty przewyższają wskazaną cenę, gdyż szacunkowo sam transport z załadunkiem wyniesie ok. 200 zł netto, zatem w cenie nie jest uwzględniona cena odzysku, biorąc pod uwagę fakt, że cena wykonania zadania podana przez Konsorcjum Agrobonus to 142 zł,

3. niespełnienie przez Konsorcjum Agrobonus wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że w przedłożonych dokumentach brak jest dowodu opłaty OC stanowiącego, że polisa jest opłacona i aktualna,

4. niespełnienie przez Konsorcjum Agrobonus wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że działki wskazane w ofercie i uzupełnieniach nie spełniają ilościowo zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i brak jest spełnienia warunku powierzchni do ilości odpadów niezbędnych do zagospodarowania.

Izba nie jest jednak w stanie stwierdzić słuszności powyższych zarzutów, gdyż – jak wskazano powyżej – Odwołujący sformułował je jedynie hasłowo, nie przedstawiając ani żadnych dowodów na ich poparcie, ani nawet stosownej argumentacji. Nie zrobił tego także podczas rozprawy. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne – jest to odpowiednik regulacji art. 6 Kodeksu cywilnego. Dowodami mogą być w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (art. 190 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Dowodu nie wymagają jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane Izbie z urzędu, jak też fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną (art. 190 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) – co jednak nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Konieczności przedstawienia dowodów – czy choćby stosownej argumentacji – nie zmienia regulacja art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, która stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Bowiem taki rozkład ciężaru dowodu nie oznacza, że ze strony Odwołującego wystarczające jest jedynie hasłowe wskazanie naruszenia. Przy zarzucie nieprawidłowej wyceny oferty konkurenta – i braku wcześniejszego wezwania do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – ze strony Odwołującego wymagane jest co najmniej przedstawienie przekonującej kalkulacji własnej uprawdopodobniającej postawiony zarzut. Tymczasem Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania liczby kilometrów do transportu oraz ceny jednostkowej podanej przez Konsorcjum Agrobonus w ofercie.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W toku postępowania odwoławczego nie ustalono słuszności zarzutów Odwołującego, zatem nawet jeśli zarzuty odwołania byłyby słuszne, nie mogą zostać uwzględnione.

Jedyne rozstrzygnięcie w oparciu o przedstawione dowody Izba może wydać w zakresie zarzutu braku przedłożenia przez Konsorcjum Agrobonus dowodu opłaty OC stanowiącego, że polisa jest opłacona i aktualna, bowiem okoliczność ta wynika z dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę posiadania dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 100.000,00 zł.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum Agrobonus przedstawiło dokument nazwie „Wniosek – polisa Ekstrabiznes Plus nr 908576401558” wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta S.A.

z 1 października 2020 r. W punkcie „Płatność” tej polisy wskazano, że składka do zapłaty to 469,90 zł, płatna jednorazowo, forma płatności: „GOTÓWKA SKŁADKĘ ZAINKASOWANO”. W związku z powyższym już sama poli zawiera potwierdzenie jej opłacenia, a tym samym zarzut odwołania nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym Izba nie mogła dokonać rozpoznania zarzutów, które Odwołujący usiłował sformułować w trakcie rozprawy, a które nie wynikały z treści odwołania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 7.500 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

**Przewodniczący:.....**