

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 marca 2020r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020r. przez:

A. wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15

B. wykonawcę T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4

przy udziale wykonawcy W.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WAGRA W.O. z siedzibą w Wyżnicy -

Kolonia 94 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 313/20 i KIO 341/20 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 341/20 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 313/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 i

wykonawcę T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118 i:

- 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 30 000zł. 00 gr.

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 i wykonawcę T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118 tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 313/20
KIO 341/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (użytkowanych) do osób fizycznych na terenie województwa lubelskiego w latach 2020-2021 z podziałem na trzy części zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 grudnia 2019r. za numerem 2019/S 238-583920.

W dniu 7 lutego 2020r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu ofert.

Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez wykonawcę DELTA T.W., ul. Kurowska 118, 24-130 Końskowola w zakresie części nr 1, 2 i 3 została odrzucona na podstawie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż jest niezgodna z art. 29 ust. 3a tejże ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w rozdz. XXI SIWZ postawił wymóg, aby w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca lub podwykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę osoby posiadające odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transportu, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest. Wymóg ten został określony również we wzorach umów stanowiących załączniki nr 3a, 3b, 3c do SIWZ (par. 14).

Pismem znak: OP-IV.272.110.2019. ŁB z dnia 21 stycznia 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wykonawca w odpowiedzi na w/w pismo w zakresie ceny we wszystkich trzech częściach postępowania wskazał, iż osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy zlecenia (Rozdz. 2.11 Koszty osobowe demontaży, przygotowania do transportu dla: część I, część II i część III, str. 5 wyjaśnień), co stoi w oczywistej sprzeczności z wymogiem zawartym w rozdz. XXI SIWZ. Zamawiający przytoczył treść art. 29 ust. 3a ustawy oraz art. 22 par. 1 Kodeksu pracy. Wskazał, że zadeklarowanie zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia osób, które mają wykonywać czynności usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transportu, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest jest niezgodne z art. 29 ust. 3a wobec czego zamawiający postąpił jak wyżej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.”.

W związku z powyższym oferty Wykonawcy w zakresie części nr 1, 2 i 3 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 29 ust. 3a ustawy.

Z tego samego powodu zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści siwz i nie jest możliwa poprawa innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W związku z powyższym oferty wykonawcy w zakresie części nr 1, 2 i 3 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto wykonawca przez nieuwzględnienie w wyjaśnieniach w zakresie ceny wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wskazanych osób) potwierdził, iż zaoferowana cena w każdej z trzech części postępowania

jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym oferty wykonawcy w zakresie części nr 1, 2 i 3 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy.

Zamawiający podał, że oferta złożona przez wykonawcę ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa w zakresie części nr 1, 2 i 3 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ wykonawca w ofercie winien podać adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w par 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym „Bazie Azbestowej” na stronie jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 06-12-2019 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający wskazał, iż odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w par 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy.

Wykonawca w swojej ofercie w zakresie trzech części postępowania wskazał następujące składowiska:

Część 1:

Składowisko Odpadów Azbestowych Srebrzyszcze

PGOS . z o.o. w Chełmie, ul. Dorohuska, Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piasek EKO-AZBEST sp. z o.o., ul. Jodłowa, Kraśnik

Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrow — ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o. Dobrow 5; Tuczępy

Zakład Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Czerwonym Borze, Czerwony Bór,
Zambrów

Część 2.

Jw. za wyjątkiem - Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Czerwonym Borze, Czerwony Bór, Zambrów

Część 3 jak część 2 i dodatkowo - Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory - Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o. o. w Oleszycach Futory.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z „zasadą bliskości” wyrażoną w treści art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2019 poz. 701 z późn. zm.), Wykonawca winien wskazać następujące składowiska:

Część 1:

EKO-AZBEST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kraśniku, ul. Józefa Piłsudskiego

14 lokalizacja składowiska: ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

PGO Sp. z o.o. w Chełmie, ul. Ks. Piotra Skargi 11, Chełm, lokalizacja składowiska:

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszcze, ul. Dorohuska 70 22-100 Chełm

PGO Sp. z o.o. w Zambrowie, ul. Polowa 19; Zambrów, lokalizacja składowiska: ZPiUO

Czerwony Bór

Część 2:

Jak część 1 bez PGO w Zambrowie

Chelm

Część 3 jak część 2 i dodatkowo Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o.o. w Oleszycach, ul. Rynek 1, Oleszyce, lokalizacja składowiska: Futory
Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy, ul. Wolności 295, Pysznica, lokalizacja składowiska: Pysznica ul. Komunalna

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał błędną interpretację pojęcia „zasady bliskości” oraz nie odniósł się merytorycznie do wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający rozumie „zasadę bliskości” jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliżej miejsca ich powstania.

Zgodnie z art. 20 ust. 1-2 ustawy o odpadach:

1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone."

Zamawiający wskazał; iż w niniejszym postępowaniu odpady objęte przedmiotem zamówienia powstają na terenach nieruchomości należących do osób fizycznych oraz powinny być unieszkodliwiane w specjalnie przeznaczonych do tego instalacjach zagospodarowania odpadów, realizacja zasady bliskości zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach jest niemożliwa (brak możliwości przetwarzania odpadu w miejscu jego powstania).

Z w/w przepisu jasno wynika, iż odpady muszą być przetworzone najbliżej miejsca ich powstania z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną techniką. Odpady azbestowe mogą być składowane wyłącznie na specjalnie przystosowanych składowiskach, a co za tym idzie każde składowisko musi spełniać w takim samym zakresie wymagania dotyczące hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki.

Zgodnie z par 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 649 z późn. zm.): „Odpady zawierające azbest powinny być składowane na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na wydzielonych częściach składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo na podziemnych składowiskach odpadów niebezpiecznych."

Z uwagi na powyższe należy wskazać, iż wyroby azbestowe mogą być składowane wyłącznie na składowiskach znajdujących się najbliżej miejsca ich powstania.

Na istotność zasady bliskości wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 10 października 2017 r., IV SA/WA 837/17. Sposób rozumienia zasady bliskości w przypadku unieszkodliwiania odpadów azbestowych bardzo precyzyjnie i jednoznacznie został wskazany w pracy finansowanej z badań statutowych Wydziału Zarządzania Politechniki Lubelskiej w latach 2015-2016: B. Wit, Ekologistyka w systemie zarządzania odpadami niebezpiecznymi (str. 108) , której recenzentami byli prof. dr hab. inż. Leszek Kiełtyka oraz dr hab. inż. Tadeusz Falencikowski. Zamawiający uznał, iż wszystkie składowiska odpadów azbestowych stosują te same hierarchie postępowania z odpadami oraz te same techniki, a co za tym idzie art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach — w przypadku odpadów azbestowych — należy interpretować w ten sposób, iż wyroby azbestowe mogą być składowane wyłącznie na składowiskach znajdujących się najbliżej miejsca ich powstania.

Uwzględniając podział obszaru odbioru i demontażu wyrobów azbestowych na trzy części oraz wskazane przez wykonawcę składowisko w Dobrowie (Dobrow 8, 28142 Tuczępy), nie możliwe jest znalezienie punktu na terenie województwa lubelskiego, dla którego wskazane składowisko wypełniałoby dyspozycje art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach. Wybierając miejsce na terenie województwa lubelskiego, które jest położone najbliżej składowiska w Dobrowie (uwzględniając jedynie obszar drugi i trzeci, jako najbliższe położony) i tak odległość mierzona po najkrótszych ciągach komunikacyjnych przystosowanych do transportu samochodowego jest o ok. 50 km większa niż do najbliższego składowiska znajdującego się na terenie

województwa lubelskiego.

Wykonawca pomimo wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie wykazał, iż z jakiegokolwiek miejsca powstania odpadów objętego przedmiotem zamówienia jest najbliższej do składowiska w miejscowości Dobrów, (Dobrów 8, 28-142 Tuczępy)".

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”.

W niniejszej sprawie nie jest możliwa poprawa innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W związku z powyższym oferty wykonawcy w zakresie części nr 1, 2 i 3 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż wykonawca wskazał składowisko: „Środowisko i Innowacje sp. z o.o ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa, adres/lokalizacja składowiska: Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów, Dobrów 8, 28-142 Tuczępy”, które nie jest zgodne z „zasadą bliskości” zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ zamawiający odrzucił jego ofertę.

Sygn. akt KIO 313/20

W dniu 17 lutego 2020r. odwołanie na powyższą czynność wniósł wykonawca Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 grudnia 2019r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 lutego 2020r.

Odwołujący zaskarżył czynności i zaniechania zamawiającego, polegające m.in. na nieprawidłowym badaniu i ocenie ofert wykonawców, złożonych w postępowaniu, które w konsekwencji skutkowały kolejnymi nieprawidłowymi czynnościami i zaniechaniami, w tym m.in.:

- odrzuceniem oferty odwołującego w częściach postępowania nr 1,2 i 3;

- zaniechaniem wskazania wszystkich przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy DELTA T.W., w części nr 3 postępowania;

- zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WAGRA W.O., w części nr 3 postępowania mimo istniejących przesłanek do jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, przez zaniechanie wskazania w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 7 lutego 2020 r., wszystkich przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia oferty DELTA, w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w sytuacji gdy DELTA wskazał w treści formularza ofertowego dla cz. 3 składowisko odpadów, które powinno skutkować odrzuceniem jego oferty z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty WAGRA, mimo istniejących ku temu przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia, w sytuacji, gdy WAGRA wskazał w treści formularza ofertowego dla cz. 3 składowisko odpadów, które powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty WAGRA, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, przez jego zastosowanie i wezwanie odwołującego pismem z dnia 7 lutego 2020 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty, w sytuacji gdy treść oferty odwołującego była jednoznaczna, precyzyjna i nie budziła wątpliwości co do prawidłowości realizacji zamówienia oraz pozostawania w zgodzie z postanowieniami SIWZ, zatem nie uzasadniała skorzystania przez zamawiającego z procedury określonej w ww. przepisie (przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania pozostałych wykonawców, którzy zadeklarowali inne składowiska), alternatywnie przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym określeniu przedmiotu wezwania, tj. na sformułowaniu treści w brzmieniu wzywającym do wskazania możliwego miejsca powstania odpadów azbestowych znajdującego się na terenie Woj. Lubelskiego, z którego do składowiska w

Dobrowie jest bliżej pod względem trasy przejazdu niż do innych składowisk, w sytuacji gdy treść takiego wezwania powinna być jednoznaczna i wyczerpująca.

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, polegające na czynności odrzucenia oferty odwołującego, w sytuacji gdy treść tej oferty jest zgodna z SIWZ, w konsekwencji pozwalała na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich trzech częściach postępowania.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności zamawiającego badania i oceny ofert z uwzględnieniem powyższych okoliczności, w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

2. odrzuceniu ofert DELTA (w zakresie części 1, 2 i 3 postępowania) i WAGRA (w zakresie części 3 postępowania),

3. względnie wezwaniu WAGRA do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 90 ust. 1a ustawy oraz wezwaniu DELTA (w zakresie części 3 postępowania) i WAGRA (w zakresie części 3 postępowania) do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, w związku ze wskazaniem błędnego składowiska odpadów,

Odwołujący zastrzegł sobie możliwość wniesienia dowodów na dalszym etapie postępowania.

Wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego - opłaty z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów doradztwa i zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z rachunkiem przedstawionym przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie zbierania, transportu, przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołującego skutkujących odrzuceniem ofert konkurentów, unieważnieniem odrzucenia oferty odwołującego i powtórzeniem czynności polegających na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący znalazłby się na pierwszym miejscu listy rankingowej. Tym samym oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Nawet w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dot. nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego i zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wynik postępowania odwoławczego może doprowadzić do odrzucenia pozostałych ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu, względnie doprowadzić do wykazania istnienia dodatkowych przesłanek uzasadniających odrzucenie tych ofert, prowadząc tym samym do konieczności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, co umożliwiłoby odwołującemu wzięcie udziału w kolejnym postępowaniu organizowanym przez zamawiającego, o tożsamym przedmiocie zamówienia i złożeniu oferty, która zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności.

Odwołujący przytoczył najistotniejsze w jego ocenie postanowienia SIWZ i załączników do SIWZ, z punktu widzenia odwołania:

Przedmiot Zamówienia zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, rozdział III ust. 1-3 SIWZ (analogiczna treść każdej części, inny zasięg terytorialny) obejmuje:

„Na przedmiot zamówienia w zakresie części [...] składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na

składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości

Zgodnie zaś z załącznikiem nr 1 do SIWZ, Szczegółowy OPZ (OPZ), pkt 1-3 (analogiczna treść, inny zasięg terytorialny):

„Na przedmiot zamówienia w zakresie części [...], składa się w szczególności usługa polegająca na:

(1) usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości),

(2) przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz

(3) unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości min. [...], w tym:

1) usunięciu (demontażu), przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, poprzez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest w ilości min. [...], z podziałem na lata:

a) min. [...] w 2020 r. oraz

b) pozostałej ilości w roku 2021;

2) przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości w ilości min. [...], z podziałem na

lata:

a) min. [...] w 2020 r. oraz

b) pozostałej ilości w roku 2021.”

ust. 4 pkt 5 OPZ:

Wszystkie ilości zdemontowanych odpadów zawierających azbest ujętych w kartach przekazania odpadu od osób fizycznych przekazywane są do unieszkodliwienia na właściwe składowisko odpadów. Dokumentem potwierdzającym przekazanie zdemontowanych odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami jest Karta przekazania odpadu na składowisko (zbiorcza).

ust. 5 pkt 9 OPZ:

Przekazanie odpadów azbestowych na składowisko przeznaczone do unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów, uporządkowanie oraz oczyszczenie z pyłu azbestowego terenu prowadzonych prac wraz z zapleczem z zachowaniem właściwych przepisów technicznych i sanitarnych, ”

§ 6 wzorów umów, stanowiących załączniki nr 3a-3c do SIWZ - dodatkowy wymóg dotyczący unieszkodliwienia odpadów:

„§ 6 Składowisko

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.

2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określona w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).

3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych. ”

Zgodnie z Rozdziałem XII ust. 2a SIWZ:

„Wykonawca w ofercie podaje adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w par 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie azbestu/składowiska jako ogólnodostępne na dzień wystąpienia ogłoszenia o zamówieniu tj. 06-12-2019 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w par 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez wykonawcę. ”

Co w ocenie odwołującego, w sprawie istotne, Zamawiający nie wskazywał precyzyjnych wytycznych jakimi będzie kierował się przy ocenie wskazanych przez wykonawców składowisk, odnosząc się w sposób generalny w większości zapisów, do wymogów ustawy o odpadach, w szczególności co do zasady bliskości.

Z uwagi na doświadczenia odwołującego z lat ubiegłych (odwołujący realizuje analogiczne zamówienie na rzecz zamawiającego, w wyniku wygranego przetargu z 2018 r. - w następstwie postępowania odwoławczego przed KIO) dotyczące stosowania przez zamawiającego nieprawidłowej wykładni i interpretacji zasady bliskości określonej w art. 20 ustawy o odpadach, Odwołujący wniósł odwołanie od treści SIWZ w niniejszym postępowaniu, w dniu 20 grudnia 2019 r. wyrokiem z dnia 8 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 2592/19, KIO oddaliła odwołanie uznając je za przedwczesne, jednocześnie dając pewne wytyczne dot. zasady bliskości (o czym mowa poniżej w uzasadnieniu odwołania).

Termin składania ofert upływał dnia 13 stycznia 2020 r. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty, w tym oferta odwołującego.

Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w dniu 21 stycznia 2020 r. Pismem z dnia 27 stycznia 2020 r. odwołujący odpowiedział na przedmiotowe wezwanie.

W dniu 7 lutego 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty odwołującego oraz oferty DELTA.

Zamawiający w treści SIWZ oraz formularza ofertowego wymagał wskazania przez wykonawców miejsc przewidywanego unieszkodliwienia odpadów w ramach realizacji zamówienia (wymogi dot. wskazywanych składowisk szczegółowo opisano w stanie faktycznym).

Zamawiający jako sankcję wyboru niewłaściwego składowiska wskazał odrzucenie oferty.

Odwołujący ponownie przytoczył treść Rozdziału XII ust. 2a SIWZ:

W zakresie zarzutów wobec czynności zamawiającego związanych z badaniem oferty DELTA odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał od wykonawców wskazania w treści ofert składowisk, w których zamierzają docelowo unieszkodliwiać odpady azbestowe. Jednocześnie na zamawiającym, przy tak skonstruowanych zapisach SIWZ, spoczywa obowiązek weryfikacji prawidłowości zadeklarowanych składowisk. Weryfikacja ta dotyczyć powinna m.in. charakteru składowisk, które są deklarowane. Azbest jako odpad niebezpieczny, może podlegać unieszkodliwieniu wyłącznie na składowisku do tego dostosowanym, tj. na składowisku przeznaczonym dla odpadów niebezpiecznych, ewentualnie innych składowiskach, posiadających wydzieloną przestrzeń dla składowania odpadów niebezpiecznych. Poza samym charakterem składowiska, badaniu podlega kwestia zgodności z pozostałymi przepisami, m.in. zasady bliskości, na którą składają się odległość od miejsca wytworzenia odpadów, najlepsza dostępna technika przetwarzania i technologia, w rozumieniu ustawy Prawo ochrony środowiska, jak również kwestia ich dostępności - moce przerobowe, tj. przepustowość w skali roku, jak również dzienne limity, godziny pracy składowiska umożliwiające przewiezienie odpadów etc.

Wydaje się odwołującemu, że dla oceny prawidłowości zadeklarowanych składowisk, istotne znaczenie może mieć również jego dostępność, w rozumieniu ogólnym, tzn. czy jest ono gotowe przyjmować odpady w ramach realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem przyjąć, że wskazane składowiska, które jest zamknięte i nie przyjmuje odpadów do unieszkodliwienia, może zostać uznane za wskazanie składowiska prawidłowego i zgodnego z treścią SIWZ. Konstruując treść SIWZ, zamawiający zobligował wykonawców, do wskazania jako właściwych tych składowisk, które na dzień 6 grudnia 2019 r. widnieć będą w tzw. Bazie azbestowej, jako składowiska o statusie ogólnodostępnych. Odwołujący zauważył, iż baza azbestowa ma charakter wyłącznie orientacyjny, w odróżnieniu od innych rejestrów typu KRS, informacje w niej zawarte nie dają rękojmi wiary, co do prawidłowości treści w nich umieszczanych. Bazowanie wyłącznie na informacjach zawartych w bazie azbestowej, powinno być traktowane jako niewystarczające. Zamawiający winien zatem weryfikować prawidłowość deklarowanych składowisk w szczególności w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

Wykonawcy DELTA i WAGRA wskazali w ofertach jako składowisko właściwe dla cz. Nr 3 zamówienia, składowisko w Pysznicy. Mimo, że składowisko to jest wpisane do bazy azbestowej, obecnie znajduje się w okresie rekultywacji i nie przyjmuje odpadów do unieszkodliwienia. Fakt ten wynika wprost z informacji przedstawianych ze strony zarządcy składowiska. Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert tych wykonawców, mimo że każdy z nich dla części 3 zadeklarował unieszkodliwienie odpadów na tym właśnie składowisku. Powyższe świadczy o dokonaniu nieprawidłowej oceny i badania ofert, z pominięciem

okoliczności zbadania takich kwestii, jak fizyczna możliwość unieszkodliwienia tych odpadów przez wykonawcę, na składowisku zadeklarowanym przez niego jako właściwe. Oferty te nie mogą być zatem uznane za zgodne z SIWZ.

W zakresie nieprawidłowości własnego odrzucenia odwołujący podniósł, że podejrzewając nieprawidłowość interpretacji zasady bliskości przez zamawiającego, wniósł odwołanie od postanowień SIWZ (o czym była już mowa w stanie faktycznym powyżej). Uzasadnieniem podnoszonych zarzutów były m.in. decyzje podejmowane przez zamawiającego w poprzednio prowadzonych przez niego postępowaniach, które wypaczały rozumienie zasady bliskości, określonej w art. 20 ustawy o odpadach. Wskazał, iż postępowanie o analogicznym przedmiocie zamówienia prowadzone było przez zamawiającego w roku ubiegłym, wszczęte w dniu 17 kwietnia 2018 r. W dwóch na trzy części, postępowanie zakończyło się na korzyść odwołującego, który z powodzeniem w dalszym ciągu realizuje zamówienie.

KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2592/19 oddaliło odwołanie odwołującego, jednak na uwagę zasługują następujące stwierdzenia Izby:

„Zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania wprowadzonego przez zamawiającego wymogu wskazania w ofercie składowisk w których nastąpi utylizacja azbestu oraz uprawnienia zamawiającego do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy składowiska te nie będą odpowiadać wymogom określonym w przepisach prawa (jednym z takich wymogów jest zasada bliskości). W ocenie Izby tak określony wymóg nie narusza żadnego z przywołanych w odwołaniu przepisów prawa. Natomiast stanowisko odwołującego, na którym bazuje całość zarzutów odwołania, opiera się na niezgodnej ze stanem faktycznym tezie, jakoby zamawiający dopuścił możliwość utylizacji odpadów azbestowych tylko na z góry określonych przez siebie składowiskach, do których nie należy składowisko, jakim dysponuje odwołujący. Twierdzenie takie nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. W żadnym z tych postanowień nie wskazano bowiem (ani też nie można z nich wyprowadzić takiego wniosku), że Zamawiający przesądził, które składowiska będzie uznawać za właściwe.

[...]

Za nieuprawnione należy uznać stanowisko odwołującego, który kwestionuje postanowienia SIWZ powołując się na decyzje podjęte przez zamawiającego w innych postępowaniach przetargowych. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że podstawą oceny zasadności zarzutów może być tylko i wyłącznie treść SIWZ obowiązująca w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie i jej zgodność z przepisami prawa. Nie może natomiast świadczyć o zasadności zarzutów przewidywany przez odwołującego przebieg dalszych etapów postępowania przetargowego, w tym jego założenia co do przewidywanego sposobu interpretacji zasady bliskości. Jeżeli obowiązujące w obecnym postępowaniu postanowienia SIWZ nie zawierają zapisów niezgodnych z przepisami ustawy, to nie można uwzględnić odwołania z powołaniem się na mniejsze czy większe prawdopodobieństwo, że Zamawiający dokona oceny ofert niezgodnie z tymi przepisami, przyjmując za podstawę zdarzenia z postępowań w przeszłości.

[...]

Nie ma również podstaw twierdzić, że utylizacja odpadów azbestowych będzie musiała być dokonywana przez inny podmiot niż wykonawca przedmiotowego zamówienia.

[...]

Prezentowana przez odwołującego interpretacja zasady bliskości, której Odwołujący spodziewa się po Zamawiającym, nie ma oparcia w dokumentacji postępowania, odwołanie stanowi jedynie polemikę z nieistniejącym w tym postępowaniu (niewyrażonym w SIWZ) stanowiskiem zamawiającego ”

Mimo niekorzystnego wyniku postępowania odwoławczego dla odwołującego (odwołanie uznane za przedwczesne), odwołujący uznał, że interpretacja „zasady bliskości” wykreowana przez zamawiającego jest nieuprawniona. Wskazał, że zamawiający niezmiennie interpretuje „zasadę bliskości” wg swojego uznania.

W roku 2019 zamawiający również prowadził postępowanie o analogicznym przedmiocie zamówienia. W dniu 15 lipca 2019 r., zamawiający wszczął postępowanie - nr referencyjny OP-IV.272.47.2019.ŁB (dalej jako: „Unieważnione postępowanie”). W toku postępowania, w wyniku wniosków wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, kilkakrotnie zmianie ulegała treść

SIWZ. Postępowanie zostało unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Postanowienia SIWZ kwestionowane przez odwołującego w niniejszym postępowaniu, w ramach poprzednio wniesionego odwołania są zbliżone do postanowień w unieważnionym postępowaniu z lipca 2019 r.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2019 r., zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców w unieważnionym postępowaniu. W wyniku jednej z odpowiedzi, zamawiający wprowadził w ówczesnym SIWZ zapis:

Odpowiedź na pytanie nr 1.

Zmianie ulega treść SIWZ

W rozdz. XII. Opis sposobu przygotowania oferty po punkcie 2 dodaje się pkt. 2a o następującej treści: „Wykonawca w ofercie podaje adres oraz firmę składowiska w którym przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest. Składowisko to musi odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresu oraz firmy składowiska lub jeżeli zadeklarowane składowisko nie będzie odpowiadało wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę”.

Następnie w dniu 20 sierpnia 2019 r., zamawiający opublikował informację o wykreśleniu powyższego zapisu z treści SIWZ

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r., w wyniku kolejnych pytań wykonawców, Zamawiający postanowił o przywróceniu ww. zapisu, z jedną modyfikacją polegającą na określeniu wymogu wskazania składowisk w liczbie mnogiej, nie zaś jednego składowiska.

Odpowiedź na pytanie nr 1.

Zmianie ulega treść SIWZ

W rozdz. XII. Opis sposobu przygotowania oferty po punkcie 2 dodaje się pkt. 2a o następującej treści: „ Wykonawca w ofercie podaje adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę”.

Według odwołującego na uwagę zasługuje fakt, że przy tak sformułowanej treści SIWZ, postępowanie podlegało unieważnieniu, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Co istotne, powodem odrzucenia ofert w unieważnionym postępowaniu, w ocenie zamawiającego było:

- wskazanie niewłaściwego składowiska do unieszkodliwienia odpadów w rozumieniu zasady bliskości wyrażonej w art. 20 UO albo;
- wskazanie jedynie części składowisk, z tych które należało wskazać w treści oferty;

Tym samym zamawiający stosuje postępowaniu analogiczne postanowienia jak w treści SIWZ unieważnionego postępowania. Odwołujący wnosząc odwołanie od treści SIWZ wskazywał, że decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu mogą być ponownie niezrozumiałe, w świetle OPZ oraz SIWZ

W unieważnionym postępowaniu dla części 1-3 zamówienia złożone zostały trzy oferty przez wykonawców:

1. PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWO-PRODUKCYJNE EURO- GAZ ŁÓJ, WIERZBICKA, NAWROT, WIERZBICKI - sp. j. (część 1)
 2. DELTA T.W. (część 1,2,3)
 3. PRYWATNE PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE WAGRA W.O. (część 3)
- W przypadku oferty nr 2 i 3, powodem odrzucenia była niezgodność treści oferty z SIWZ

W przypadku wykonawcy z pkt 2 powyżej, zamawiający posłużył się następującą

argumentacją:

Wykonawca w swojej ofercie w zakresie wszystkich trzech części postępowania wskazał jedynie składowisko: Eko-Azbest Sp. z o.o. 23-200 Kraśnik, ul. J. Piłsudskiego 14, Lokalizacja Składowiska: Lasy ul. Jodłowa 70, 23-200, Kraśnik.

Zgodnie z „zasadą bliskości” wyrażoną w treści art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz. 21 z późn. zm.), w zakresie części 1 Wykonawca winien wskazać następujące składowiska: w miejscowości Kraśnik woj. lubelskie, Srebrzyszcze woj. lubelskie, Czerwony Bór woj. podlaskie.

W zakresie części 2 Wykonawca winien wskazać następujące składowiska: w miejscowości Kraśnik woj. lubelskie, Srebrzyszcze woj. lubelskie.

W zakresie części 3 Wykonawca winien wskazać następujące składowiska: w miejscowości Kraśnik woj. lubelskie, Srebrzyszcze woj. lubelskie, Pysznice woj. podkarpackie, Futory woj. podkarpackie.

Zamawiający rozumie „zasadę bliskości” jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliżej miejsca ich powstania.

Brak jest możliwości wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż prowadziłoby to do niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty między zamawiającym, a wykonawcą. Zamawiający nie może również poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż taka zmiana powodowałaby istotne zmiany w treści oferty.

Z uwagi na fakt, iż wykonawca nie wskazał wszystkich składowisk, zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ Zamawiający postąpił jak wyżej.

W odniesieniu do oferty z pkt 3 powyżej, Zamawiający posłużył się następującą argumentacją:

Wykonawca w swojej ofercie w zakresie 3 części postępowania wskazał następujące składowiska:

1. Zarządca: Środowisko i Innowacje sp. z o.o ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa, adres/lokalizacja składowiska: Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów, Dobrów 8, 28-142 Tuczępy

2. Zarządca: EKO-AZBEST SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ Adres UL. JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO 14, 23-200 Kraśnik. Adres/lokalizacja składowiska: ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

3. PGO Sp. z o.o. w Chełmie, ul. Ks. Piotra Skargi 11 22-100 Chełm, Adres/lokalizacja składowiska: Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu, ul. Dorohuska 70 22-100 Chełm.

Zgodnie z „zasadą bliskości” wyrażoną w treści art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz. 21 z późn. zm.), w zakresie części 3 Wykonawca winien wskazać następujące składowiska: w miejscowości Kraśnik woj. lubelskie, Srebrzyszcze woj. lubelskie, Pysznice woj. podkarpackie, Futory woj. Podkarpackie.

Zamawiający rozumie „zasadę bliskości” jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliżej miejsca ich powstania.

Brak jest możliwości wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż prowadziłoby to do niedopuszczalnego prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty między zamawiającym, a wykonawcą. Zamawiający nie może również poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż taka zmiana powodowałaby istotne zmiany w treści oferty.

Z uwagi na fakt, iż wykonawca wskazał składowisko: „Środowisko i Innowacje sp. z o.o ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa, adres/lokalizacja składowiska: Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów, Dobrów 8, 28-142 Tuczępy”, które nie jest zgodne z „zasadą bliskości” oraz nie wskazał wszystkich składowisk (brak składowiska Futory woj.

Podkarpackie), zgodnie z rozdz. XII pkt 2a SIWZ Zamawiający postąpił jak wyżej.

Dopiero na tym etapie ujawniła się interpretacja zasady bliskości po stronie zamawiającego, którą rozumie jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliższym konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliższym miejsca ich powstania."

Dodatkowo zamawiający wskazał wprost, że składowisko zarządzane przez odwołującego, w jego ocenie nie odpowiada zasadzie bliskości. W tym miejscu odwołujący przypomniał, że odwołujący realizuje analogiczny przedmiot zamówienia u tego samego zamawiającego. Do tej pory zamawiający nie podważył sposobu postępowania odwołującego z odpadami. Odwołujący przytoczył powołaną wyżej informację o odrzuceniu jego oferty z dnia 7 lutego 2020r. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją w tym piśmie powołaną, gdyż zamawiający odwołując się do art. 20n ust. 2 ustawy o odpadach pominął treść art. 207 Prawa ochrony środowiska zgodnie z którym jako najlepsze dostępne techniki bierze się pod uwagę m.in. rachunek kosztów i korzyści. Wśród takich kosztów wskazać należy przykładowo poziom przystosowania określonego składowiska. Przykładowo składowisko w Dobrowie jako jedyne ze wszystkich, które wskazał w ofercie odwołujący, ma status składowiska z terenem zdegradowanym. Oznacza to, że Środowisko i Innowacje zarządza największym w Polsce składowiskiem odpadów niebezpiecznych zawierających azbest i to jedyna, ekologiczna instalacja w Europie, na której unieszkodliwianie azbestu odbywa się równocześnie z rewitalizacją środowiska zdegradowanego przez byłą kopalnię siarki. Instalacja powstała i jest zarządzana zgodnie z IPPC (ang. Integrated Pollution Prevention and Control), czyli Dyrektywą Unii Europejskiej nr 96/61 /WE z 24 września 1996r. w sprawie zintegrowanego zapobiegania i zmniejszania zanieczyszczeń. Środowisko i Innowacje podeszła do unijnych wymogów w sposób niezwykle innowacyjny i świadomie posadowiła instalację na terenie bogatym w ropy krakowieckie, przez co przyczyniła się do rewitalizacji terenów po eksploatacji siarki, a tym samym zapewnia prawidłową gospodarkę odpadami azbestowymi na terenie całego kraju. Jest to największa instalacja do unieszkodliwiania odpadów azbestowych w Polsce i jako jedyna wykorzystuje w tak szerokim zakresie ukształtowanie i właściwości terenu. Składowisko odpadów niebezpiecznych zawierających azbest, zlokalizowane jest na gruntach miejscowości Dobrow (gm. Tuczępy), na terenach zdegradowanych po eksploatacji siarki przez kopalnię Siarki w Grzybowie.

Odwołujący w ciągu 12 lat działalności, nie odnotował żadnych zdarzeń na swoim składowisku mających mieć negatywny wpływ na środowisko i zdrowie ludzkie, co wskazuje na niezawodną funkcjonalność instalacji. Stało się tak pomimo faktu, że budowa instalacji wymagała niezwykle innowacyjnego podejścia w aspekcie ochrony środowiska przed wtórną emisją pyłów azbestowych co wiązało się z wysokimi nakładami inwestycyjnymi. Badania oraz ciągły monitoring powietrza i wód opadowych pokazują na brak negatywnego oddziaływania na środowisko. Już po roku działalności spółka Środowisko i Innowacje zdobyła za innowacyjność w świadczonych usługach Novatora roku 2008 w konkursie organizowanym przez Staropolską Izbę Przemysłowo Handlową. Dwukrotnie (w latach 2008 - 2009) została też wyróżniona tytułem „Partner Polskiej Ekologii” w Narodowym Konkursie Ekologicznym "Przyjaźni środowisku" pod patronatem Prezydenta RP. W tym miejscu odwołujący przedstawił nagrody i jakie uzyskał na przestrzeni prowadzenia składowiska oraz przedstawił zagrożenia dla zdrowia ludzkiego w przypadku wadliwego deponowania odpadu. Odwołujący nie podzielił argumentów zamawiającego opartych na publikacji naukowej z tego względu, że

- wskazanie, że proces unieszkodliwiania jest niemalże identyczny na wszystkich typach naziemnych składowisk odpadów jest zupełnie nietrafny z co najmniej dwóch powodów:

- użycie określenia niemalże - sugeruje, że różnice mogą jednak występować, co umożliwia wpływ na zasadę bliskości innych czynników, niż tylko odległość mierzona kilometrami,

- z uwagi na aspekty środowiskowe (wskazane powyżej).

Dodatkowo istotne jest wskazane przez zamawiającego orzeczenie IV Sa/WA 837/17, które uznać należy za chybione również z tego powodu, że dotyczyło ono rozstrzygnięcia w przedmiocie gospodarowania odpadami komunalnymi, co do których reguły stosowania zasady bliskości są zupełnie odmienne.

Zamawiający błędnie interpretuje powyższą zasadę, która znajduje zastosowanie do innych kategorii odpadów niebezpiecznych, w szczególności zaś odpadów medycznych, o czym mowa w art. 20 ust. 3-6 UO. Generalna reguła stanowiąca o zasadzie bliskości, określona została w art. 20 ust. 1-2 UO, które wskazują na konieczność przetwarzania odpadów w miejscu ich wytworzenia, a w przypadku braku takiej możliwości - przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony

środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Odwołujący wskazał, iż przetwarzanie odpadów ma znacznie szerszy charakter niż jego unieszkodliwienie, które może być jednym z elementów procesu jakim jest przetwarzanie.

Na szerokie rozumienie zasady bliskości wielokrotnie wskazywała KIO, m.in. w wyroku z dnia 10 lipca 2013 r., sygn.. KIO 1534/13., KIO 1378/13

Poza treścią art. 20 UO, powoływana w treści formułowanego zarzutu podstawa prawna, tj. art. 16 ust. 1 i 3 Dyrektywy 2008/98/WE, które stanowią:

Państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzględniającą przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik.

[...]

Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów, o których mowa w ust. 1, w jednej z najbliższych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii. w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego.

Na ww. Dyrektywę powoływano się także w wyroku WSA w Warszawie, który przywołany został przez zamawiającego w treści odrzucenia oferty odwołującego z dnia 7 lutego 2020 r. Powyższe przesądza o konieczności wykładania „zasady bliskości” w sposób, który nakazuje uwzględnianie poza odległością także kwestie dot. najodpowiedniejszych metod i technologii, zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska i zdrowia publicznego. Ponadto z treści przepisu wynika, że unieszkodliwianie powinno się odbywać w jednej z najbliższych położonych instalacji, nie zaś wyłącznie najbliższej oraz uwzględniać pozostałe kryteria.

Zasada bliskości a możliwości przerobowe składowiska w kontekście prawidłowej interpretacji treści art. 20 UO

Odwołujący wskazuje, że zasada bliskości wyrażona w art. 20 UO nie ma charakteru bezwzględnej. Literalne brzmienie przepisu pozostawia nawet odpady zawierające azbest, poza obszarem regulacji art. 20 UO. Co więcej, biorąc pod uwagę brzmienie art.20ust.2UO „Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, obejmujący tak duże masy odpadów azbestowych, w połączeniu z mocami przerobowymi składowisk uznawanych przez zamawiającego za właściwe (m.in. wskazano składowiska, które nie przyjmują już odpadów lub przyjmują maksymalnie kilka ton dziennie, w sytuacji gdy jeden transport odwołującego liczy nawet do 26 ton jednego dnia), dopuszczalność określenia kilku składowisk, np. na wypadek awarii, przestoju czy innych zdarzeń losowych, w przypadku niniejszego postępowania, powinno zostać uznane za korzystne.

Bezwzględna zasada bliskości odnosiła się do kategorii odpadów określonych w art. 20 ust. 7 i n., który stanowił, że „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.”

W powyższym wykazie brak jest odpadów niebezpiecznych zawierających azbest. Oznacza to w ocenie zamawiającego, że zasada bliskości doznaje odstępstwa w przypadku niektórych kategorii odpadów. Jeśli wykonawcy postępują w zgodzie z art. 21 UO oraz transportują odpady w sposób przewidziany w art. 24 ust. 2 UO, transport i przetwarzanie takich odpadów poza granicami obszaru, na którym zostały wytworzone, uznać należy w ocenie odwołującego za w pełni dopuszczalny.

W kontekście najlepszej dostępnej techniki, technologii, składających się na zasadę bliskości, warto odnieść się do treści art. 160-162 POŚ:

Art. 160.

1. Zabronione jest, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie i przepisach odrębnych, wprowadzanie do obrotu lub ponowne wykorzystanie substancji stwarzających szczególne zagrożenie dla środowiska.
2. Substancjami stwarzającymi szczególne zagrożenie dla środowiska są w szczególności:
 - 1) azbest;
 - 2) PCB.
3. Minister właściwy do spraw środowiska może określić, w drodze rozporządzenia, inne - poza azbestem i PCB - substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska, kierując się koniecznością ograniczania ryzyka wystąpienia szkód w środowisku.
4. W rozporządzeniu, o którym mowa w ust. 3, zostaną ustalone:
 - 1) oznaczenie numeryczne substancji, pozwalające na jednoznaczną jej identyfikację;
 - 2) nazwa substancji.

Art. 161.

1. Substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska powinny być wykorzystywane, przemieszczane i eliminowane przy zachowaniu szczególnych środków ostrożności.
2. Instalacje lub urządzenia, w których są lub były wykorzystywane substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska, powinny zostać oczyszczone lub unieszkodliwione.
3. Do instalacji lub urządzeń, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie, iż były w nich wykorzystywane substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska, stosuje się wymagania dotyczące postępowania z instalacjami i urządzeniami, w których są lub były wykorzystywane te substancje.

Art. 162.

1. Wykorzystywane substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska podlegają sukcesywnej eliminacji.
2. Wykorzystujący substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska jest obowiązany do dokumentowania rodzaju, ilości i miejsc ich występowania oraz sposobu ich eliminowania.
3. Wykorzystujący substancje stwarzające szczególne zagrożenie dla środowiska powinien okresowo przedkładać marszałkowi województwa informacje o rodzaju, ilości i miejscach ich występowania, z zastrzeżeniem ust. 4-6.

[.]

9. Sposób postępowania z eliminowanymi substancjami stwarzającymi szczególne zagrożenie dla środowiska, a także instalacjami i urządzeniami, w których są lub były one wykorzystywane, określają przepisy ustawy o odpadach.

Powyżej wskazany ust. 9 jest o tyle istotny, że treść Działu VII UO, wskazuje na Szczególne zasady gospodarowania niektórymi rodzajami odpadów. W dziale VII mowa jest głównie o kategoriach odpadów sprawiających szczególne zagrożenie. Względem azbestu, ponownie jak w przypadku art. 20 ustawy, nie przewidziano specjalnych wymogów.

W związku z powyższym, odwołujący przedstawił część okoliczności, które mogą przemawiać za obowiązywaniem zasady bliskości w stosunku do składowiska odwołującego, mieszczącego się w miejscowości Dobrowie:

1. Rachunek kosztów i korzyści, o którym mowa w art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska - jak już wspomniano, składowisko w Dobrowie jest jedynym, które posiada zdegradowany teren, niepodlegający rekultywacji, idealnie nadający się do unieszkodliwiania

odpadów niebezpiecznych. Pozostałe składowiska w pierwszej kolejności muszą doprowadzać do degradacji terenów, które przed unieszkodliwieniem odpadów mają inny charakter i mogą zostać wykorzystane w odmienny sposób.

2. Godziny pracy składowiska - w Dobrowie - do ostatniego samochodu trwają prace rozładunkowe. Składowisko w Dobrowie jest przygotowane do świadczenia usług rozładunku zawsze w godzinach dogodnych dla kierowców obsługujących usługę transportu.

3. Priorytet w rozładunku własnych dostaw. Pojazdy własne obsługiwane są w trybie natychmiastowym celem zapewnienia lepszej rotacji i wydajności, optymalizacji kosztów.

4. Ładunek jest rozładowywany niezwłocznie po dotarciu na składowisko, co nie wpływa na zużycie pojazdów, przez np. ich obciążanie ładunkiem w czasie postoju lub w czasie noclegu na obcy parking.

5. Brak potrzeby zapewnienia noclegu dla kierowcy poza miejscem zamieszkania.

6. Możliwość serwisowania i drobnych napraw pojazdów podczas ich pobytów w Dobrowie, gdzie jest również cała baza transportowa.

7. Dostęp do własnego paliwa - niższa cena, w stosunku do cen na stacja paliwowych. Odwołujący korzystając z rozwiązań dostaw paliw dla swoich maszyn i floty, z racji skali, korzysta ze znacznych rabatów w cenie paliw, co optymalizuje zarówno koszty transportu i czas pracy kierowcy, unikającego postoju na stacjach paliw jak i doliczania kilometrów do swojej trasy celem dojechania do takiej stacji.

8. Łatwość rotacji kierowców.

9. Elastyczne cykle rozliczeń za składowiskiem - dostosowane do harmonogramu projektu.

10. Ewentualne oczekiwanie na rozładunek odbywa się na terenie zarządzanym przez operatora składowiska w Dobrowie, poza zasięgiem osób postronnych, z dala od siedlisk ludzkich i terenów rolnych.

11. Kierowcy posiadają dostęp do sanitariatów.

12. Drogi i place manewrowe zapewniają prostą komunikację

Wg najlepszej wiedzy odwołującego, składowisko odpadów, które jako jedyne jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia i sprostać wymaganiom przez OPZ mocom przerobowym na obszarze Województwa Lubelskiego jest składowisko znajdujące się w Kraśniku, zarządzane przez EKO-AZBEST sp. z o.o. Istotne dane wynikają również ze stron internetowych bazy azbestowej.

Zgodnie z informacjami zawartymi na stronach, z terenu woj. Lubelskiego, w dalszym ciągu pozostaje do odbioru ponad 1 mln ton odpadów azbestowych.

Z powyższego w sposób niezaprzeczalny wynika, że po realizacji niniejszego zamówienia, składowiska uznane przez zamawiającego za właściwe nie będą w stanie przyjąć żadnych dodatkowych odpadów niebezpiecznych. Takie działanie oznacza zawężenie konkurencji w ramach Województwa Lubelskiego do jednego tylko podmiotu zdolnego zrealizować niniejsze zamówienie.

Porównując powyższe dane, w ocenie odwołującego, łatwo dojść do wniosku, że dopuszczenie także innych składowisk do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest, ułatwi możliwości przyjmowania przez pozostałe składowiska uznane przez zamawiającego za właściwe odpadów azbestowych, także ze źródeł innych niż wynikające z niniejszego zamówienia. Przyjęcie bowiem odpadów w ilościach przewidzianych w niniejszym zamówieniu, doprowadzi do osiągnięcia górnego limitu mocy przerobowych składowisk. Oznacza to, że mieszkańcy Województwa Lubelskiego mogą mieć utrudnione dostarczanie odpadów zawierających azbest na pozostałe składowiska.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty WAGRA odwołujący wskazał, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z przepisami ustawy, treść oferty w cz. Nr 3 Zamówienia, jest o ponad 32% niższa od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.

Na chwilę obecną brak jest informacji czy WAGRA sprostął wymaganiom dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny czy też zamawiający wszczął stosowną procedurę. Niemożliwość prawidłowej waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcom z tytułu realizacji zamówienia, stale rosnące koszty obsługi zamówienia, wprowadzenie przepisów o

BDO czy też rosnące minimalne wynagrodzenie za pracę, w świetle wymogów zatrudniania przez wykonawców na podstawie umowy o pracę, czynią niemożliwym realizację zamówienia w cenie zaoferowanej przez WAGRA.

W związku z powyższym, z uwagi na daleko idące ograniczenia konkurencji oraz naruszenia przepisów postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

W dniu 18 lutego 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118 wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty oraz oferty odwołującego. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż wniósł własne odwołanie w zakresie dotyczącym odrzucenia jego oferty, a uwzględnienie odwołania odwołującego uniemożliwiłoby przystępującemu DELTA uzyskanie zamówienia w części 3. Ponadto ma interes w oddaleniu zarzutów dotyczących oferty odwołującego, gdyż w sytuacji oddalenia odwołania postępowanie w części 1 i 2 może zostać unieważnione i przystępujący będzie mógł się o nie ponownie ubiegać. Wskazał także, iż interes dotyczący przystąpienia jest szerszy niż interes wskazany w art. 179 ust. 1 ustawy, co wynika z wyroków KIO 5/14, KIO 569/19. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2020r. udzielonego przez właściciela firmy DELTA. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 19 lutego 2020r.

W dniu 21 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca W.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WAGRA W.O. z siedzibą w Wyżnicy - Kolonia 94. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uzasadnienie zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 7 lutego 2020r. jest zgodne z prawem i siwz i znalazło odzwierciedlenie w treści oferty złożonej przez zgłaszającego. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego potwierdzi dotychczasowy stan faktyczny w zakresie dotyczącym oferty przystępującego, zaś uwzględnienie odwołania prowadziłoby do możliwości swobodnej interpretacji siwz i konieczności przyjęcia odmiennych założeń przy składaniu ofert. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 lutego 2020r.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, że w niniejszym postępowaniu odpady objęte przedmiotem zamówienia powstają na terenach nieruchomości należących do osób fizycznych oraz powinny być unieszkodliwiane w specjalnie przeznaczonych do tego instalacjach zagospodarowania odpadów, realizacja zasady bliskości zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach jest niemożliwa (brak możliwości przetwarzania odpadu w miejscu jego powstania).

Z uwagi na powyższe odpady winny zostać zagospodarowane zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach.

Z w/w przepisu zdaniem zamawiającego wynika, iż odpady muszą być przetworzone najbliżej miejsca ich powstania z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną techniką. Odpady azbestowe mogą być składowane wyłącznie na specjalnie przystosowanych składowiskach, a co za tym idzie każde składowisko musi spełniać w takim samym zakresie wymagania dotyczące hierarchii postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki.

Zgodnie z par. 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 649 z późn. zm.): „Odpady zawierające azbest powinny być składowane na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na wydzielonych częściach składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo na podziemnych składowiskach odpadów niebezpiecznych.”

Na istotność zasady bliskości wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 10 października 2017 r., IV Sawa 837/17. Sposób rozumienia zasady bliskości w przypadku unieszkodliwiania odpadów azbestowych bardzo precyzyjnie i jednoznacznie został wskazany w pracy finansowanej z badań statutowych Wydziału Zarządzania Politechniki Lubelskiej w latach 2015-2016: B. Wit, Ekologistyka w systemie zarządzania odpadami niebezpiecznymi (str. 108) 1, której recenzentami byli prof. dr hab. inż. Leszek Kiełtyka oraz

dr hab. inż. Tadeusz Falencikowski: „Odpady, które nie mogą być podane ponownemu użyciu, recyklingowi, odzyskowi lub unieszkodliwiania w miejscu ich powstania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, przekazane do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Umieszczenie ustawowego zapisu „najlepszą dostępną technikę lub technologię” wskazuje na aspekt jakościowy postępowania z odpadami biorąc pod uwagę inne aspekty niż odległość miejsc wytworzenia odpadu i miejsca docelowego. W przypadku rozróżnialności techniki/technologii zasada bliskości jest na kolejnym miejscu. Najogólniej rzecz ujmując, zapis ten oznacza możliwość przemieszczania odpadów do miejsc nawet bardziej oddalonych od miejsc wytwarzania, jeżeli istnieje tam lepsza technika lub technologia unieszkodliwiania. W przypadku odpadów azbestowych, które podlegają unieszkodliwieniu nie przewiduje się porównań składowisk czy też oszacowania „Jakości” procesu unieszkodliwiania w celu określenia i wybrania „lepszej” techniki lub technologii. Proces unieszkodliwiania jest niemalże identyczny na wszystkich typach naziemnych składowisk odpadów, a sposób i procedura postępowania określają przepisy prawne. W tym przypadku w związku z nierozróżnialnością techniki/technologii stosowana jest zasada bliskości składowiska.”

W ocenie zamawiającego przepis art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach — w przypadku odpadów azbestowych — należy interpretować w ten sposób, iż wyroby azbestowe mogą być składowane wyłącznie na składowiskach znajdujących się najbliżej miejsca ich powstania. Ubocznie wskazać należy iż, skutki nieprzestrzegania zasady bliskości w sensie odległościowym, mogą wywołać szkodliwą dla zdrowia i życia ludzi nadmierną emisję spalin, przy transporcie w skrajnych przypadkach dziesiątek tys. ton azbestu. Emisja liniowa (z transportu), to około 11% całości.

Szczegółowe odniesienie się do zarzutów:

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający uznał za niezasadny. Opisał jakie składowiska wskazał wykonawca DELTA dla części 3. Podniósł, że zgodnie z OPZ część 3 obejmuje Powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość.

Powołał treść rozdziału XII ust. 2a SIWZ:

Wykonawca Środowisko i Innowacje w odwołaniu na stronie 9 potwierdził fakt, iż składowisko w Pysznicy jest wpisane do bazy azbestowej (było wpisane na dzień wystąpienia ogłoszenia).

Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiążą postanowienia siwz. Podnoszony przez Wykonawcę argument, iż w/w składowisko jest rzekomo w okresie rekultywacji nie ma żadnego znaczenia dla niniejszego postępowania, gdyż zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał w SIWZ, iż w tym zakresie decydujące są zapisy zawarte w Bazie Azbestowej. Fakt odwołania do Bazy Azbestowej wykonawca mógł ewentualnie kwestionować w odwołaniu na zapisy SIWZ, czego skutecznie nie uczynił.

Dla zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe WAGRA W.O., zamawiający podniósł argumenty, jak dla zarzutu poprzedzającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe WAGRA W.O., zamawiający uznał zarzut za niezasadny.

Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa w części 3 postępowania wynosi 5 882 300,00 zł, a po powiększeniu o należy podatek od towarów i usług 6 352 884,00 zł podczas gdy oferta wykonawcy Wagra W.O. w części 3 postępowania opiewała na kwotę 5 627 000,88 zł brutto. Wobec powyższego oferta wykonawcy Wagra W.O. była jedynie 0 11,43 % niższa od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek z tytułu towarów i usług i jedynie 0 2,46 % mniejsza od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Nie było więc żadnych ustawowych przesłanek do wzywania wykonawcy Wagra W.O. do wyjaśnień w zakresie ceny. Poprzez niewielkie różnice ceny oferty od wartości szacunkowej oraz średniej arytmetycznej wszystkich ofert nie budziła ona również wątpliwości u zamawiającego, a co za tym idzie nie było podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 pkt 1a ustawy. Zamawiający wskazał także, iż zarzut został błędnie sformułowany i nie jest możliwy do uwzględnienia. Zamawiający nie może odrzucić oferty (art. 90 ust. 3) bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, zamawiający podniósł, że wezwanie z dnia 7 lutego 2020 r. było jednoznaczne i wyczerpujące. Odpowiedź na przedmiotowe wezwanie potwierdziła fakt, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na wskazanie składowiska w Dobrowie oraz nie wskazania w części 3 składowiska w

Pysznicy.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, to zamawiający uznał zarzut za niezasadny. Stanowisko Odwołującego wynika z błędnej wykładni „zasady bliskości”. Zamawiający obszernie przytoczył argumentację podaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty i stwierdził, że odwołujący błędnie zinterpretował „zasadę bliskości” co skutkowało wskazaniem składowiska w Dobrowie w części 1, 2 i 3 postępowania oraz nie podaniem składowiska w Pysznicy w części 3.

Podkreślił, że uwzględniając podział obszaru odbioru i demontażu wyrobów azbestowych na trzy części oraz wskazane przez Wykonawcę składowisko w Dobrowie, nie możliwe jest znalezienie punktu na terenie województwa lubelskiego, dla którego wskazane składowisko wypełniałoby dyspozycje art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach.

Wybierając miejsce na terenie województwa lubelskiego, które jest położone najbliżej składowiska w Dobrowie (uwzględniając jedynie obszar drugi i trzeci, jako najbliżej położony) i tak odległość mierzona po najkrótszych ciągach komunikacyjnych przystosowanych do transportu samochodowego jest o ok. 50 km większa niż do najbliższego składowiska znajdującego się na terenie województwa lubelskiego.

Wykonawca pomimo wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie wykazał, iż z jakiegokolwiek miejsca powstania odpadów objętego przedmiotem zamówienia jest najbliżej do składowiska w miejscowości Tuczępy.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż:

- 1) powoływanie wcześniejszych postępowań w przedmiotowym odwołaniu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania,
- 2) orzeczenie KIO 1534/13 (wskazane na str. 18 odwołania) nie dotyczy odpadów azbestowych,
- 3) orzeczenie KIO 1378/13 (wskazane na str. 19 odwołania) nie dotyczy odpadów azbestowych,
- 4) argumentacja dotycząca możliwości przerobowych składowisk (wskazana na str. 20 odwołania) jest bezzasadna. W SIWZ wskazano: „Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.”,
- 5) na pewną niekonsekwencję odwołującego, a mianowicie jeżeli stoi na stanowisku, że wskazanie w ofercie składowiska, którego odwołujący jest właścicielem, (Dobrow, Dobrow 8, 28-142 Tuczępy) jest zgodne z „zasadą bliskości” w toczącym się postępowaniu to powinien on żądać odrzucenia ofert pozostałych wykonawców za brak wskazania w ofertach tegoż składowiska. Zamawiający bowiem w SIWZ żądał wskazania wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania, a które miały odpowiadać wymogom określonym w 6 Załącznika nr 3 do SIWZ w tym być zgodne z „zasadą bliskości”. Tego w odwołaniu odwołujący jednak nie podnosi.

Przystępujący Delta w pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania i w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, wskazał, że kierując się dosłownym brzmieniem wymogów SIWZ (rozdział XII pkt 2a) w złożonym formularzu ofertowym wymienił adresy i firmy wszystkich składowisk wskazanych w bazie azbestowej oraz znajdujących się najbliżej miejsc wytwarzania odpadów — tym samym wypełnił wszystkie wymagania literalnie określone przez zamawiającego w SIWZ. W odniesieniu do składowiska w Pysznicy, w formularzu oferty wskazał wprost, że: składowisko wpisane w bazie azbestowej jako ogólnodostępne, natomiast z informacji przekazanej przez właściciela składowiska od stycznia br. w trakcie rekultywacji bez możliwości przyjmowania odpadów azbestowych.

W konsekwencji sformułowany przez odwołującego zarzut pominięcia okoliczności zbadania takich kwestii jak fizyczna możliwość unieszkodliwienia tych odpadów przez wykonawcę czy też kwestia dostępności składowiska (jako wymóg, kłów formułuje Odwołujący, a który nie wynika z SIWZ) (s. 9 odwołania) pozostaje całkowicie bezzasadny. Zwrócił także uwagę na to, że zamawiający przewidział w siwz sytuację, w której przekazanie odpadów do określonego składowiska może w toku realizacji umowy okazać się niemożliwe i określił sposób postępowania w takiej sytuacji.

Przystępujący podniósł, że do dnia 6 września 2019 r. (tj. do wejścia w życie nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) podobne zasady — z uwzględnieniem specyfiki instalacji RIPOK — obejmowały określone frakcje odpadów komunalnych. To zastosowania tych właśnie przepisów dotyczyły tezy orzecznicze cytowane w odwołaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1378/13 i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1534/13 — s. 18 i 19 odwołania). Ma to

szczególne znaczenie w przypadku drugiego z przywoływanych orzeczeń. Niezależnie od omawianych dalej kwestii merytorycznych, cytowane przez odwołującego twierdzenie uzasadnia bowiem rozstrzygnięcie o dopuszczalności kierowania odpadów do jednego spośród wyznaczonych dla konkretnego regionu zakładów o statusie RIPOK (regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych). Sam odwołujący wskazał, że w jego ocenie chybione jest w przedmiotowej sprawie przywoływanie orzecznictwa dotyczącego zasady bliskości w gospodarce odpadami komunalnymi, co do których reguły stosowania zasady bliskości są zupełnie odmienne (s. 18 odwołania).

W ocenie przystępującego do odpadów azbestowych zastosowanie znajdzie natomiast wariant ogólny, opisany przez art. 20 ust. 2 u.o., zgodnie z którym odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Ustawa o odpadach stanowi akt prawa powszechnie obowiązującego. Jej przepisy określają zatem w sposób wiążący prawa i obowiązki uczestników obrotu prawnego, co wynika z samej natury takiego aktu. Znajduje to również potwierdzenie w p. 11 Zasad Techniki Prawodawczej, zgodnie z którym w ustawie nie zamieszcza się wypowiedzi, które nie służą wyrażaniu norm prawnych, a w szczególności apeli, postulatów, zaleceń, upomnień oraz uzasadnień formułowanych norm (podobnie np. wyrok NSA z dnia 4 maja 2016 roku, sygn. akt I OSK 2325/15).

Ogólna zasada bliskości określona przez art. 20 ust. 2 u.o. ma zatem charakter bezwzględnie wiążący i nie może być traktowana jako luźny postulat lub zalecenie.

Z samego brzmienia art. 20 ust. 2 u.o., że znajduje on zastosowanie do wszelkich odpadów niemogących być przetworzonych w miejscu ich powstania — a zatem również do odpadów zawierających azbest. Wobec tego, ustawa nakazuje przekazanie ich do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Nie jest zatem tak, jak sugeruje odwołujący (str. 20 odwołania), że zasada bliskości doznaje odstępstw w przypadku niektórych kategorii odpadów.

Ustawodawca przewiduje jednak dwa dodatkowe kryteria, wymagające uwzględnienia przy wyborze miejsca przetwarzania, tj. (i) hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz (ii) najlepszą dostępną technikę.

W ocenie przystępującego te dodatkowe kryteria w przypadku odpadów azbestowych nie mają znaczenia różnicującego, gdyż w przypadku kryterium hierarchii sposobów postępowania z odpadami odpad azbestowy podlega każdorazowo jedynie unieszkodliwianiu i w praktyce nie występuje możliwość zastosowania recyklingu lub innych procesów odzysku. Odpady te muszą bowiem zostać unieszkodliwione przez składowanie, co znajduje potwierdzenie w treści par 10 ust. 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 2 kwietnia 2004 roku w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz.U. 2004 Nr 71, poz. 649 z późn. zm.), wskazującego że odpady zawierające azbest powinny być składowane na składowiskach odpadów niebezpiecznych lub na wydzielonych częściach składowisk odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne albo na podziemnych składowiskach odpadów niebezpiecznych.

Tym samym — zdaniem przystępującego, przy konkurencji pomiędzy kilkoma zakładami unieszkodliwiania — uwzględnienie hierarchii sposobów postępowania z odpadami zawierającymi azbest nie może prowadzić do odstępstwa od obowiązku przekazania odpadów do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Odnosnie najlepszej techniki i technologii, to przystępujący wskazał, że składowiska odpadów innych niż obojętne o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton są objęte obowiązkiem uzyskania pozwolenia zintegrowanego. Weryfikacja zgodności z wymogami najlepszych dostępnych technik oraz technologii, o których mowa w art. 143 p.o.ś. stanowi w takim wypadku element postępowania w sprawie wydania pozwolenia (art. 204 ust. 1 i art. 207 ust. 1 i la p.o.ś.). W przypadku niespełnienia powyższych wymagań, organ jest zobligowany do odmowy wydania pozwolenia (art. 186 ust. 1 pkt 1 p.o.ś.).

W ocenie przystępującego zatem odwołanie do najlepszych dostępnych technik — nie może być rozumiane w oderwaniu od znaczenia prawnego tego pojęcia i przepisów dotyczących procedur oceny ich spełniania przez konkretną instalację. Spełnianie warunków najlepszych dostępnych technik jest warunkiem koniecznym uzyskania pozwolenia zintegrowanego i prowadzenia składowiska odpadów azbestu o określonej pojemności. Ocena tego warunku zatem przedmiot rozstrzygnięcia decyzji administracyjnej, korzystającej z zasady trwałości, o której mowa w art. 16 k.p.a. Z powyższego przepisu — wykładanego w świetle art. 7 i 10 Konstytucji RP — orzecznictwo wywodzi konieczność uwzględniania przez inne organy władzy publicznej skutków prawnych orzeczeń organów administracyjnych oraz brak możliwości kwestionowania decyzji administracyjnej pod względem jej merytorycznej zasadności (Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 9 października 2007 r. III CZP 46/07) •

Proponowane przez odwołującego rozumienie najlepszych dostępnych technik, całkowicie odbiega od brzmienia i istoty przywoływanych przepisów. Dopuszcza bowiem tak daleką liberalizację wymogów art. 20 ust. 2 u.o., która pozbawiałaby ten przepis praktycznego znaczenia. Zamawiający musiałby bowiem przyznać sobie prawo arbitralnego wyboru kryteriów porównania jakości technik stosowanych w poszczególnych zakładach, opierając się przykładowo na niezwykle wysokim poziomie ich innowacyjności (s. 17 odwołania) lub dokonanej ocenie łatwości rotacji kierowców (s. 22 odwołania).

Podsumowując: odwołanie do najlepszych dostępnych technik nie wprowadza elementu arbitralnej oceny przez Zamawiającego. Wskazuje ono, że można odstąpić od konieczności przekazania odpadów do najbliższych położonych miejsc, jeżeli zakład bardziej odległy działa w oparciu o pozwolenie zintegrowane określające najlepsze dostępne techniki, a zakład bliższy geograficznie nie jest objęty takim obowiązkiem. Przy odpadach azbestu, wszystkie instalacje o określonej pojemności muszą uzyskać pozwolenie zintegrowane. Zatem tego rodzaju odstępstwo nie jest dopuszczalne.

W konsekwencji przystępujący podkreślił, że zamawiający nie dysponuje swobodą w wyborze instalacji unieszkodliwiania, ale pozostaje związany wyraźnym nakazem prawa. Zatem całkowicie poprawna pozostaje zaprezentowana przez niego wykładnia przepisu art. 20 ust. 2 u.o., zgodnie z którą wobec jednakowych wymagań prawnych dla składowisk odpadów azbestowych, zasada bliskości nakazuje dostarczenie odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca ich powstania (wobec braku wystąpienia innych kryteriów wskazanych w art. 20 ust. 2 u.o.). W szczególności zaś nie występują przesłanki pozwalające na odstępstwo od powyższej zasady i przyznanie równego priorytetu opisywanej przez Odwołującego instalacji położonej w południowej części województwa świętokrzyskiego, w pobliżu granic województw małopolskiego i podkarpackiego (Dobrow 8, powiat buski, gmina Tuczępy).

Zdaniem przystępującego zasada bliskości nie może być rozumiana jako ograniczająca się do fizycznej odległości do instalacji, bowiem wymaga uwzględnienia również hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz wymogów najlepszych dostępnych technik i technologii. Przypadek, w którym oba te czynniki nie dają efektu różnicującego — bowiem rozważane instalacje są objęte obowiązkiem unieszkodliwiania odpadów, przy zachowaniu przywołanych wymogów — stanowi właśnie nieliczny wyjątek, w którym decydujące znaczenie ma kryterium odległości.

Do odmiennych wniosków nie mogą prowadzić zasługujące na uwagę stwierdzenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2592/19. W rozpatrywanej sprawie odwołanie zostało oddalone z przyczyn formalnych. Uzasadnienie wskazuje, że kwestionowana przez odwołującego wykładnia nie została wyraźnie wskazana w postanowieniach SIWZ. Tymczasem podstawą oceny zasadności zarzutów może być tylko i wyłącznie treść SIWZ obowiązująca w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie i jej zgodność z przepisami prawa. Co za tym idzie, środki ochrony prawnej składane na etapie przed składaniem ofert nie mogą być traktowane jako służące uprzedniemu przesądzeniu przez Izbę, jak zostanie zweryfikowana oferta konkretnego wykonawcy. Przywoływane w treści odwołania fragmenty powyższego wyroku wyraźnie wskazują na odmowę rozpatrzenia w takiej sytuacji postawionych zarzutów merytorycznych. Nie mogą zaś być rozumiane — jak zdaje się sugerować Odwołujący — jako swoisty przedsąd i wstępne przychylenie się do zarzutów stawianych w niniejszym postępowaniu.

Podobnie inne orzeczenia dotyczące tego rodzaju odpadów: przy analogicznych warunkach — wskazała KIO w wyroku z dnia 14 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1666/15, a także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1018/18.

Przystępujący podkreślił, że przedstawione stosowanie zasady bliskości pozostaje stałą praktyką w analogicznych postępowaniach, dotyczących odpadów zawierających azbest. Zamawiający wskazują bowiem wprost, że unieszkodliwianie odpadów zawierających azbest może nastąpić zgodnie z zasadą bliskości — art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012

roku o odpadach (...) — wyłącznie na najbliższym składowisku odpadów niebezpiecznych, którego zarządcą posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest. Przywołane sformułowanie zostało powtórzone w specyfikacji postępowań prowadzonych przez gminy Staszów, Tarnobrzeg oraz Szydłów. W ostatnim przypadku wyłączną instalacją, na której można unieszkodliwiać odpady zawierające azbest zaś jest składowisko wskazywane przez odwołującego, na dowód czego przystępujący załączył zapytania ofertowe z tych Gmin. .

Tym samym wykładnia Zamawiającego, nakazująca przekazywanie odpadów azbestu do najbliższej położonego uprawnionego zakładu jest prawidłowa, a przy tym zgodna z praktyką tego rynku.

Sygn. akt KIO 341/20

W dniu 17 lutego 2020r. odwołanie wniósł wykonawca T.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DELTA T.W. z siedzibą w Końskowoli, ul. Kurowska 118. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2020r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 lutego 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 3a ustawy w zw. z art. 65 i art. 66 Kodeksu cywilnego („KC”) przez niezasadne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z ustawą w zakresie o którym mowa w art. 29 ust. 3a ustawy, podczas gdy hipoteza art. 29 ust. 3a ustawy jest skierowana do zamawiającego, a nie wykonawcy i kreuje obowiązek wymagania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, a tym samym przepis ten nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty oraz ewentualnie przez odrzucenie oferty jako niezgodnej z ustawą w sytuacji gdy treścią oferty (zobowiązania) wykonawcy zostało objęte zatrudnienie osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z wymogiem opisanym w pkt XXI SIWZ;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 65 i art. 66 KC przez niezasadne zastosowanie i przyjęcie, nie na podstawie oferty ale treści wyjaśnień skierowanych w odpowiedzi na wezwanie do dotyczące wyjaśnienia ceny oferty, że oferta odwołującego nie odpowiada treści Istotnych Warunków Zamówienia (pkt XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów) w zakresie obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez odwołującego osób skierowanych do realizacji zamówienia, posiadających odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest, podczas gdy treścią oferty (zobowiązania) wykonawcy zostało objęte zatrudnienie osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z wymogiem opisanym w pkt XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów, a treści wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy;

3) ewentualnie przez naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy tj. przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przypadku gdy zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego ws. kalkulacji ceny oferty powziął wątpliwość czy odwołujący treścią oferty objął zobowiązanie do zatrudnienia osób które zamierza skierować do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, zgodnie z wymaganiem opisanym w pkt. XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez zamawiającego błędnej oceny oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, błędnego uznania, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz błędnego uznania przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnym uznaniu, iż oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w

szczegółności dokumentów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu,

3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwanie odwołującego do

złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wykonania obowiązku zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, doznał uszczerbku. W wyniku dokonania przez zamawiającego w procesie badania i oceny ofert wyżej wskazanych naruszeń oferta odwołującego w części I, II i III zamówienia została odrzucona, a odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert w postępowaniu, oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert dla części I, II i III zamówienia, a tym samym odwołujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

Do dnia upływu terminu składania ofert zostały złożone następujące oferty:

1. Odwołujący część I 4 878 742,32 zł, część II 4 537 845,92 zł część III 4 580 050,00 zł
2. Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. część I 7 099 002,00 zł część II 7 099 002,00 zł część III 7 099 596,00 zł
3. Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Wagra W.O. część I n/d część II n/d część III 5 627 000,88 zł

W dniu 21 stycznia 2020 r., z uwagi na różnice pomiędzy ceną oszacowaną przez zamawiającego a cenami oferty odwołującego w poszczególnych częściach zamówienia zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień ceny oferty w zakresie części I, II i III zamówienia.

W dniu 31 stycznia 2020 r. odwołujący przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty w poszczególnych częściach- informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (w aktach postępowania).

W dniu 7 lutego 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie wszystkich trzech części zamówienia i w tym miejscu odwołujący przytoczył podstawy informacji o odrzuceniu.

W ocenie odwołującego wspólny mianownik i podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego stanowiło to, że w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny została zawarta informacja dotycząca kosztów związanych z personelem z odniesieniem do formy zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia. Powyższe wyjaśnienia zamawiający uznał za niezgodne ze sformułowanym w art. 29 ust. 3a ustawy oraz wynikającym z rozdziału XXI SIWZ wzorów umów wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób posiadających odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest. Z powyższego zamawiający wywiódł również (bez podawania szerszej argumentacji), że cena oferty odwołującego jest rażąco niska. z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy) stanowi o obowiązkach zamawiającego dotyczących przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Według odwołującego art. 29 ust. 3a ustawy nie kreuje obowiązków po stronie wykonawcy, a jedynie po stronie zamawiającego, nakładając na zamawiającego obowiązek ustalenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem zarzut niezgodności treści oferty z ustawą znajduje zastosowanie wtedy, kiedy z przepisów ustawy lub aktów prawnych powiązanych z zamówieniem wynika określony obowiązek wykonawcy; a brak jest sankcji za jego niewykonanie (wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., KIO 370/17). Jako przykład można podać, iż za niezgodność z ustawą

przyjmuje się złożenie oferty bez zachowania formy pisemnej, bowiem zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowanie prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej, zaś artykuł ten kierowany jest zarówno do zamawiającego, jak i wykonawcy (por. wyrok KIO z 28 kwietnia

2015 r., KIO 748/15).

Biorąc zatem pod uwagę powyższe, oferta nie może podlegać odrzuceniu z uwagi na niezgodności z art. 29 ust. 3a ustawy bowiem artykuł ten jest kierowany wprost do zamawiającego, a nie wykonawcy i nie nakłada na wykonawcę żadnych obowiązków. Tym samym, abstrahując od realiów niniejszej sprawy, nie jest możliwe naruszenie przepisu art. 29 ust. 3a ustawy przez jakiegokolwiek wykonawcę, bowiem nie wynika z tego artykułu żaden obowiązek który wykonawca musi wypełnić. Zważywszy, że art. 29 ust. 3a ustawy nie odnosi się do obowiązków wykonawcy, ale obowiązków zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o czym świadczy zwrot: (...) Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania (...) oraz umiejscowienie tego przepisu w ustawie ustawy (Rozdział 2. Przygotowanie postępowania), wymóg ten nie może być traktowany jako bezpośrednia podstawa prawna do dokonywania oceny oferty wykonawcy w zakresie objęcia ofertą obowiązku zatrudnienia osób wykonujących zamówienia na podstawie umowy o pracę. Uchybienie wymogom wynikającym z art. 29 ust. 3a ustawy, może być zatem zdaniem odwołującego oceniane wyłącznie w kontekście zachowania zamawiającego i tego czy zamawiający, przygotowując postępowanie określi w opisie przedmiotu zamówienia obowiązki związane z zatrudnieniem na umowę o pracę lub czy takich obowiązków nie przewidzi, a w konsekwencji dopuści się naruszenia przepisów ustawy.

Zamawiający zatem powołując jako podstawę prawną odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy (niezgodność oferty z ustawą) oraz art. 29 ust. 3a ustawy (jako przepis kreujący obowiązki po stronie zamawiającego, a nie wykonawcy) błędnie zastosował ww. przepisy, które nie mogą stanowić ani samodzielnie ani też łącznie podstawy prawnej do odrzucenia oferty wykonawcy.

Odwołujący wskazał na argumentację zaprezentowaną poniżej, jako znajdującą zastosowanie również dla zarzutu nr 1.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty odwołującego z SIWZ w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż zgodnie z rozdziałem XXI SIWZ (oraz w §14 wzorów umów dla poszczególnych części zamówienia) zamawiający wymagał aby: W ramach realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osoby posiadającej odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transportu, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest.

Zamawiający wywodzi niezgodność oferty przystępującego z SIWZ nie z treści oferty (dla części I, II i III zamówienia) złożonej w postępowaniu, ale z treści wyjaśnień wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zawarte w treści wyjaśnień wskazanie na formę zatrudnienia: umowa zlecenie, zamawiający uznał za niezgodność z wymaganiami rozdziału XXI SIWZ i §14 wzorów umów, które nie mogą podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Odnosząc się do powyższego, odwołujący wskazał, iż o niezgodności treści oferty w SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), należy mówić w przypadku gdy pomiędzy treścią oferty (formularzem ofertowym) zachodzi nieusuwalna niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Treść oferty odwołującego (dokument opisujący zakres zobowiązania wykonawcy w rozumieniu art. 66 KC) stanowi formularz ofertowy. W formularzu nie zostały zawarte odrębne oświadczenia dotyczące zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. Niemniej jednak takie zobowiązanie wykonawcy zostało skonsumowane przez zawarte w formularzu ofertowym oświadczenia dotyczące zobowiązania do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ oraz wzorach umów i byłby weryfikowany na późniejszym etapie postępowania.

W formularzu ofertowym (dla poszczególnych części zamówienia) oprócz wskazania cen ofertowych oraz terminów wykonania zamówienia, odwołujący złożył oświadczenia i zapewnienia o następującej treści:

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy.

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe elementy oferty (cena, termin wykonania i sposób wykonania zamówienia) wskazane w formularzu ofertowym odwołującego stanowią zatem według odwołującego o treści i zakresie zobowiązania odwołującego wynikającym z jego oferty.

W tej sytuacji odwołujący uważa, że nie sposób zatem mówić o tym, że pomiędzy treścią oferty odwołującego zachodzi niezgodność z SIWZ, która winna skutkować odrzuceniem oferty.

Dokonując wykładni oświadczenia woli odwołującego należy mieć na względzie zakres zobowiązania wynikający z treści oferty oraz wytyczne interpretacyjne wynikające z treści art. 65 Kodeksu cywilnego w zakresie wykładni oświadczeń woli. Przy takiej ocenie należy zatem uwzględnić pierwotną treść zobowiązania odwołującego oraz intencje nakierowane wyłącznie na złożenie ważnej i zgodnej z SIWZ oferty w postępowaniu oraz uzyskanie zamówienia publicznego. Nie można bowiem zakładać, iż podmiot profesjonalny jakim jest odwołujący mógłby świadomie złożyć ofertę niezgodną z SIWZ i nie dającą szansy na uzyskanie zamówienia w postępowaniu. Innymi słowy przy ocenie treści oferty należy uwzględnić okoliczności jej złożenia i cele biznesowe działania odwołującego.

Jak wskazuje się w literaturze, modelowy „staranny interpretator” oświadczeń woli jest interpretatorem rozsądnym. Interpretator rozsądny nie nada oświadczeniu znaczenia, które będzie jawnie nieracjonalne (niezgodność z SIWZ), natomiast w przypadku kilku możliwości interpretacyjnych wybierze tę, która w najlepszy możliwy sposób doprowadzi do realizacji wyrażonego albo założonego w oświadczeniu celu. Jeśli i te cele nie są jednoznaczne, wybierze cel najrozsądniejszy, zwłaszcza z ekonomicznego punktu widzenia. Podkreśla się również, że literalne brzmienie art. 65 § 2 KC odnosi się wyłącznie do umów, jednak w doktrynie panuje powszechny pogląd, zgodnie z którym obowiązek poszanowania zgodnej woli stron i celu, w jakim oświadczenie woli jest składane, jest wartością uniwersalną dla wszystkich oświadczeń woli, a przynajmniej wszystkich tych, które są składane innej osobie. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 65 § 2 KC, stosowaną w praktyce do wszystkich rodzajów czynności prawnych, cel, w jakim oświadczenie woli jest składane, powinien przeważać nad brzmieniem oświadczenia.

Jak wskazuje się z kolei w orzecznictwie sądów cywilnych oraz Sądu Najwyższego: (...) zasady wykładni oświadczeń woli stron były już przedmiotem wyjaśnień w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w których eksponowano konieczność ustalenia treści i celu umowy oraz kreowanego nią stosunku prawnego. Należy przy tym uwzględnić zgody zamiar stron, treść umowy, w tym związki między jej postanowieniami, okoliczności zawarcia umowy oraz inne czynniki wskazane w art. 65 KC i art. 66 KC, a także zasadę *favor contractus* - w razie wątpliwości - przepisać postanowieniu takie znaczenie, które pozwoli na utrzymanie jego ważności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2018 r. V CSK 617/17; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2017 r., II CSK 575/16; Wyrok Sądu Najwyższego z 21 marca 2018 r., V CSK 262/17).

Odwołujący twierdzi, że to przede wszystkim treść formularza oferty kreuje zakres zobowiązania odwołującego i z tego względu ta treść powinna w pierwszej kolejności być oceniana przez zamawiającego w kontekście ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ - w przy czym w niniejszej sprawie taka niezgodność w żaden sposób nie zachodzi.

Zamawiający wywodzi niezgodność oferty nie tyle z treści formularza ofertowego odwołującego, ale z wyjaśnień złożonych na potrzeby wykazania, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy.

W treści wyjaśnień (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) zostało zawarte omyłkowo sformułowanie, co do formy zatrudnienia osób wykonujących zamówienie jako umowy zlecenia. Tytułem wyjaśnienia odwołujący wskazał, że sformułowanie zostało zawarte w wyjaśnieniach z uwagi na korzystanie przy sporządzaniu przez wykonawcę z ze wzoru/ formatki podobnych wyjaśnień. Powyższe nie może być jednak traktowane jako oświadczenie lub deklaracja co do formy zatrudnienia personelu, ale jako omyłka podlegająca wyjaśnieniu.

Co więcej, zestawienie treści wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny - jako odnoszących się do sposobu wyliczenia kosztów, nie zaś treści zobowiązania wykonawcy wynikającego z oferty nie może być traktowane przez zamawiającego jako skutkujące niezgodnością z SIWZ co do formy zatrudnienia personelu.

Sposób rozumowania zamawiającego, że o treści niezgodności oferty z SIWZ świadczy nie treści oferty ale treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny prowadzi do przyjęcia, że oferta odwołującego wskutek udzielonych wyjaśnień dopiero "nabrała" przymiotu

niezgodności z wymaganiami SIWZ. Skoro zaś pierwotna treść oferty nie dawała jeszcze podstawy do przyjęcia tezy o niezgodności jej treści z wymaganiami SIWZ (o czym świadczy brak jej odrzucenia przez zamawiającego niezwłocznie po jej złożeniu), to uzyskanie takiej podstawy dopiero w procesie wyjaśniania treści oferty prowadzi do wniosku, że to nie treść oferty, ale treść wyjaśnień pozostaje niezgodna z SIWZ.

Zdaniem odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przywołany jako podstawa prawna odrzucenia oferty stanowi wyrażenie, że podstawę do odrzucenia oferty musi stanowić niezgodność oferty (pierwotnego zobowiązania odwołującego), nie zaś treść wyjaśnień złożonych w toku Postępowania. W tym kontekście należy wskazać, że po pierwsze same wyjaśnienia - jako dotyczące kalkulacji ceny oferty i weryfikacji czy zaoferowana cena ma charakter rynkowy - nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Co więcej, niezgodność oferty z SIWZ ocenia się na moment złożenia oferty (por. wyrok KIO z dnia 31 lipca 2017 r., KIO 1490/17), zaś jak wskazano wyżej, niezgodność w tym zakresie w dniu złożenia przez odwołującego oferty nie występowała.

Odwołujący wskazał, że skonkretyzowanie przez wykonawców oświadczeń zawartych w ofercie, co do formy zatrudnienia personelu została przez zamawiającego ograniczona do wykonawcy, którego oferta zostanie oceniana najwyżej.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt. 2 ppkt 4 SIWZ Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, miał wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym m.in. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.

Tym samym, to dopiero na późniejszym etapie postępowania odwołujący był zobowiązany do przedstawienia szczegółowego wykazu osób, które będą skierowane do realizacji przedmiotu zamówienia, wraz z określeniem formy dysponowania/ zatrudnienia personelu.

Odwołujący podkreślił, że dysponuje personelem zatrudnionym na umowę o pracę jak również na etapie przygotowania oferty podjął działania mające na celu zabezpieczenie odpowiednich zasobów kadrowych oraz w celu wykazanie realności dysponowania personelem na etapie wykonywania zamówienia.

Powyższa formuła prowadzenia postępowania oraz wymaganie przedstawienia Wykazu personelu została określona przez samego zamawiającego. Co więcej, w rozdziale XXI SIWZ z którym rzekomo oferta odwołującego miałaby być niezgodna, sam zamawiający wskazał, że: czynności o których mowa w ust. 1 [czynności co do których sformułowano wymóg zatrudnienia na umowę o pracę - przypis odwołującego] będą realizowane przez osoby wskazane w wykazie osób dołączonym do oferty wykonawcy. Zmiana ww. osób może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą zamawiającego pod warunkiem, iż nowe osoby będą posiadały kompetencje nie mniejsze niż osoby wskazane w wykazie osób, a zwłaszcza, że będą spełniały wymagania określone w SIWZ.

Wykaz osób byłby wymagany od odwołującego dopiero na wezwanie, ale takie wezwanie nie zostało do odwołującego skierowane.

Odwołujący, w formularzu ofertowym nie tylko zaakceptował postanowienia SIWZ, ale również zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Zobowiązanie to, wynikające z treści oferty odwołującego, obejmuje również obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę personelu skierowanego do realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami rozdziału XXI SIWZ i §14 wzorów umów.

Zobowiązanie to, oraz samo zatrudnienie personelu na umowę o pracę, nie może być oceniane w sferze faktów, ale jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy, które będzie podlegać kontroli na etapie wykonania umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z rozdziałem XXI pkt. a) i b) SIWZ (analogicznie §14 wzorów umów) zamawiający zaznaczył, że:

W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, wykonawca przedłoży zamawiającemu:

- a) pisemne oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób określonych w ust. 1. (...)
- b) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopię umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z

dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony) (...).

Co więcej, naruszenie obowiązków dotyczących zatrudnienia na umowę o pracę zostało obwarowane karą umową w wysokości 20.000,00 zł za każdy przypadek naruszenia (Rozdział XXI pkt. 4 SIWZ oraz §11 ust. 2 pkt 14 wzorów umów), a nieprzestanie przez wykonawcę dokumentacji dotyczącej zatrudnienia na umowę o pracę obarczone jest karą umową w wysokości 1.000,00 zł za dzień opóźnienia oraz za każdy przypadek naruszenia (rozdział XXI pkt. 5 SIWZ oraz §11 ust. 2 pkt 14 wzorów umów). Nie sposób zatem, według odwołującego przyjąć, że złożyłby ofertę, która obejmuje świadome naruszenie obowiązków umownych obarczonych tak wysokimi karami umownymi za każdy przypadek naruszenia. Takie zachowanie wykonawcy byłoby sprzeczne z logiką i doświadczeniem życiowym, a tym samym nie do przyjęcia jest koncepcja że oferta odwołującego do samego początku obciążona jest wadą polegającą na niezgodności z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę ma charakter zobowiązania. Oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości czyli jako oświadczenie wiedzy, które może podlegać weryfikacji w kategoriach prawdy i fałszu. Jak wskazała Izba w wyrok z dnia 23 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1137/14, KIO 1144/14): W tym przypadku zobowiązaniem jest deklaracja wykonania opisanego w SPOZ świadczenia, którego nie sposób utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą.(...) Niewywiązanie się z tego zobowiązania skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może więc podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W treści informacji o odrzuceniu oferty zamawiający zawarł kategoryczne stwierdzenie (sprowadzające się do zacytowania treści przepisu), że: Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.” oraz, że: W niniejszej sprawie nie jest możliwa poprawa innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W związku z powyższym oferty Wykonawcy w zakresie części nr 1, 2 i 3 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący zauważył, iż oferta złożona przez odwołującego nie wskazuje na jakąkolwiek niezgodność z SIWZ, a wręcz przeciwnie, z treści oferty wynika jednoznacznie że odwołujący zrealizuje zamówienie w sposób i na zasadach opisanych w SIWZ i wzorze umowy, a więc zachowując również wymóg zatrudnienia personelu na umowę o pracę.

Jeśli zamawiający dysponuje dwoma informacjami, które w konfrontacji ze sobą można uznać budzące wątpliwości, to w takim przypadku zaistniała sprzeczność winna zostać wyjaśniona przez w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Co zdaniem odwołującego istotne, nie jest właściwe powołanie się przez zamawiającego na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (możliwość poprawienia innej omyłki) - poprawienie omyłek dotyczy bowiem treści oferty sensu stricto (formularza oferty) a w tym przypadku taka omyłka w żadnym miejscu nie występuje. Można by natomiast uznać, że omyłką są dotknięte wyjaśnienia ws. kalkulacji ceny oferty, ale one, jako niestanowiące treści oferty wykonawcy, nie wymagają zastosowania trybu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Powołane przez zamawiającego przepisy, w tym art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, wyraźnie wskazują, że zamawiający uznał za treść oferty coś co ofertą nie było. Niemniej jednak, wobec powyższych wątpliwości zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, przed dokonaniem czynności, czy to wyboru czy też odrzucenia oferty, zamawiający jest zobowiązany do usunięcia wszelkich wątpliwości jakie mogły powstać w toku badania oferty. Takiego wyjaśnienia Zamawiający zaniechał co w ocenie odwołującego stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy.

Treść uzasadnienia zamawiającego dotycząca zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy wskazuje, że odrzucenie oferty odwołującego nie było uzasadnione merytorycznie tym, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub że odwołujący nie wykazał w toku wyjaśnień, że cena nie jest rażąco niska, ale było wynikiem stwierdzenia przez zamawiającego rzekomej niezgodności z SIWZ w zakresie zatrudnienia personelu na umowę o pracę.

W ocenie odwołującego uznanie ceny oferty odwołującego za rażąco niską nie wynika z merytorycznego badania wyjaśnień, ale jest-wynikiem prostego przełożenia „rzekomej niezgodności z SIWZ” na „rażąco niską cenę”

Bardzo lakoniczne uzasadnienie przez zamawiającego uznania oferty za rażąco niską ogranicza możliwość odwołującego co do merytorycznego odniesienia się do tej podstawy odrzucenia.

Niemniej jednak, o braku zasadności twierdzeń zamawiającego świadczy treść wyjaśnień ws. kalkulacji ceny oferty. Wyjaśnienia mają charakter wyczerpujący i kompleksowy i odnoszą się do każdego z istotnych elementów kosztowych. Formułując tezę o rażąco niskiej cenie oferty zamawiający całkowicie pomija wykazane kalkulacje. Dla obalenia twierdzenia zamawiającego, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska wystarczające wydaje się stwierdzenie, że zarówno wymiaru czasu pracy jako i koszty personelu wykazane w kalkulacji pokrywają koszty ponoszone przez pracodawcę związane z zatrudnieniem na umowę o pracę oraz spełniają wymagania dotyczące przepisów o płacy minimalnej. Co więcej, powyższe potwierdza również, że nie można mówić o niezgodności oferty odwołującego z SIWZ.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści złożonych wyjaśnień.

W dniu 18 lutego 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Środowisko i Innowacje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż wniósł własne odwołanie, którego uwzględnienie przy jednoczesnym oddaleniu przedmiotowego odwołania umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 lutego 2020r.

W dniu 21 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca W.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe WAGRA W.O. z siedzibą w Wyżnicy - Kolonia 94. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uzasadnienie zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 7 lutego 2020r. jest zgodne z prawem i siwz i znalazło odzwierciedlenie w treści oferty złożonej przez zgłaszającego. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego potwierdzi dotychczasowy stan faktyczny w zakresie dotyczącym oferty przystępującego, zaś uwzględnienie odwołania prowadziłoby do możliwości swobodnej interpretacji siwz i konieczności przyjęcia odmiennych założeń przy składaniu ofert. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 lutego 2020r.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący Środowisko i Innowacje złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości,
- zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów

doradztwa prawnego, wg norm przepisanych i zgodnie z rachunkami przedstawionymi na rozprawie,

- w przypadku decyzji o przeprowadzeniu dowodu z wyjaśnień odwołującego z dnia 31 stycznia 2020 r. — ujawnienie treści złożonych wyjaśnień jako niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący podniósł, że prawdopodobnie odwołujący DELTA został wezwany prawdopodobnie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy (Przystępującemu

do chwili obecnej nie jest znana treść wezwania oraz wyjaśnień, z uwagi etap postępowania Przetargowego). Odwołujący odpowiedział na wezwanie z dnia 31 stycznia 2020 r., pismem z dnia 31 stycznia 2020 r. W tym miejscu dostrzegalny jest dla przystępującego nierówny sposób traktowania wykonawców, gdyż on miał zakreślony krótszy termin na składanie wyjaśnień.

Bezspornym pozostaje w ocenie przystępującego, że w treści udzielonych w dniu 27 stycznia 2020 r. wyjaśnień odwołujący wskazał, że zamierza zatrudniać osoby dedykowane do

realizacji zamówienia na podstawie umowy zlecenia. Odwołujący sam to wskazał w treści odwołania w pkt 3.13. Zgodnie z Rozdziałem XXI SIWZ oraz fragmentami wzorów umów dla części 1-3 zamawiający określił wymogi zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Faktem jest, że określanie ww. wymogu w treści SIWZ należy do obowiązków zamawiającego, wynikających z treści ustawy. Określając powyższy wymóg, zamawiający zobowiązany jest jednak do takiego skonkretyzowania go, aby jasnym było, co do których stanowisk oraz pracy o jakim charakterze, wymagany jest bezwzględnie stosunek pracy. Zamawiający takiemu wymogowi sprostał.

Oblig zawarcia w treści ww. wymogu można porównać do obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia, przewidzianych w art. 24 ust. 1 ustawy, które znajdują zastosowanie w przypadku każdego postępowania, znajdując swoje miejsce w treści SIWZ. Chybnym wydaje się przystępującemu zarzut odwołującego, wskazujący na brak możliwości odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o przesłankę z art. 29 ust. 3a ustawy oraz niemożliwość naruszenia ww. przepisu, z uwagi na fakt, iż ten kreuje obowiązek po stronie zamawiającego, jedynie w sferze przygotowania postępowania. Przeciwnie narzucony ustawowo obowiązek wskazania w SIWZ wymogu zatrudnienia przez wykonawcę określonej kategorii osób na podstawie umowy o pracę, materializuje się w momencie wejścia treści SIWZ do obrotu, tj. wszczęcia postępowania i przenosi ten obowiązek na wykonawcę chcącego wziąć udział w postępowaniu. W tym celu zamawiający zostali wyposażeni w instrumenty kontroli jak choćby możliwość żądania kopii umów o pracę na etapie realizacji zamówienia. Abstrahując jednak od etapu realizacji, na uwagę zasługuje fakt, że wymóg takiego zatrudnienia istnieje w sferze postępowania, nie tylko na etapie realizacji. Oznacza to, że stan odmienny niż wymagany w SIWZ, oznaczać będzie niezgodność planowanego przez wykonawcę sposobu realizacji, od wymogów określonych w treści SIWZ.

Niezgodność ta w ocenie przystępującego świadczyć będzie o zamiarze realizacji zamówienia niezgodnie z SIWZ. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której deklaracja wykonawcy w treści oferty lub wyjaśnień o zaistnieniu jednej z przesłanek do wykluczenia, stanowiłaby podstawę do ostatecznego odrzucenia oferty wykonawcy.

Odwołujący próbuje wykazać, że treść wyjaśnień została sporządzona w sposób omyłkowy, w oparciu o szablon wykorzystywany na potrzeby innych postępowań. Dodatkowo odwołujący wskazuje, że to formularz ofertowy i jego zawartość determinują treść oferty, pozostałe zaś oświadczenia wykonawcy pozostają poza zakresem badania korelacji z ofertą.

Fakt, iż odwołujący w treści formularza ofertowego oświadczył, że zamierza realizować zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, OPZ wzorami umów etc., następnie w treści wyjaśnień zaprzeczył co najmniej w zakresie jednego z wymogów określonych w SIWZ. zdaniem odwołującego powinien pozostać bez znaczenia dla przebiegu postępowania. Przystępujący nie zgodził się z takim twierdzeniem odwołującego. Wskazał na wyrok z 5 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. KIO 1013/18. Bez znaczenia według przystępującego pozostaje fakt, iż wśród katalogu dokumentów przedmiotowych i podmiotowych składanych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający przewidział tzw. „wykaz osób”. w którym to wykazie wykonawca mógłby potwierdzić, że zamierza zatrudniać określone osoby na podstawie umowy o pracę. Istotą sytuacji zaistniałej w toku wyjaśnień jest okoliczność, że wykonawca swoim oświadczeniem wskazał, że zamierza realizować zamówienie w sposób niezgodny z SIWZ — tym samym zaprzeczył wcześniej złożonym ogólnym oświadczeniom, wskazanym w treści formularza ofertowego, pozwalając tym samym na odmienną wykładnię złożonej treści. Bez znaczenia jest również fakt, iż procedura z art. 26 ust. 1 ustawy, mogłaby się rozpocząć względem odwołującego, po pozytywnym wyjaśnieniu treści oferty, co do rażąco niskiej ceny. Wskazał, przystępujący, że z uwagi na profesjonalizm odwołującego, trudno jest uznać za wiarygodne oświadczenia odwołującego. Powołał wyrok KIO z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. KIO 2226/19:

W ocenie przystępującego aktualne stanowisko płynące z treści odwołania, o rzekomej przypadkowości zawartego w wyjaśnieniach oświadczenia co do zatrudnienia na podstawie umowy zlecenia, powoływanie się na sprzeczność z logiką i doświadczeniem życiowym (pkt. 3.25 odwołania), na ogólne oświadczenia płynące z treści ofert (pkt 3.5 odwołania), kwestia woli profesjonalnego podmiotu jakim jest odwołujący (pkt 3.8 odwołania) oraz pozostałe argumenty, są zwyczajnie spóźnione i nie mogą konwalidować oświadczeń składanych w toku postępowania przez odwołującego.

Zdaniem przystępującego próba ponownego wezwania ze strony zamawiającego byłaby niecelowa oraz naruszałaby przepisy ustawy, w szczególności przepisy dotyczące równego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia odwołującego w sposób jednoznaczny doprecyzowały zakres i charakter składanych przez niego oświadczeń i przesądziły o niezgodności z SIWZ. Ponowne wezwanie nosiłoby znamiona niedozwolonej negocjacji treści oferty po stronie Zamawiającego, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy. Dodatkowo

ponowne wezwanie naruszałoby przepisy o uczciwej konkurencji oraz art. 7 ustawy

Wykonawca bowiem składając wyjaśnienia co do określonych okoliczności, winien pamiętać że składa wyjaśnienia co do treści oferty rozumianej całościowo, nie zaś wybiórczo jako jej jeden aspekt (w tej sytuacji cena), nie zważając przy tym na konsekwencje ujawnienia pewnych niezgodności treści oferty, w zakresie nieobjętym zapytaniem.

Odwolujący w treści odwołania wskazuje na rzekomy brak zasadności twierdzeń zamawiającego co do zaistnienia rażąco niskiej ceny, o czym świadczyć ma treść wyjaśnień ws. kalkulacji ceny oferty (zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa).

Przystępujący nie posiadał dostępu do treści wyjaśnień odwołującego. Mimo to przystępujący zawnioskował o ujawnienie treści wezwania oraz wyjaśnień pozostałych wykonawców, dostał jednak od zamawiającego odpowiedź negatywną, przy jednoczesnym braku informacji o zastrzeżeniu kalkulacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie z uwagi na brak wiedzy o rzekomym zastrzeżeniu wyjaśnień odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący nie miał możliwości zaskarżyć takiej decyzji. W świetle powyższego, w przypadku decyzji o przeprowadzeniu dowodu z kalkulacji ceny oferty, na okoliczność wykazania braku rażąco niskiej ceny, przystępujący wniósł o odtajnienie i ujawnienie w toku rozprawy treści rzeczonych wyjaśnień. Ciężar dowodu w sprawie rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, tym samym w świetle okoliczności niniejszej sprawy, wyłącznie ujawnienie treści wyjaśnień odwołującego z dnia 27 stycznia 2020 r., należy uznać za umożliwiające przeprowadzenie ww. dowodu. Ponadto przystępujący stoi na stanowisku, że informacje zawarte w treści wyjaśnień, w tym również metody kalkulacji, w realiach branży odpadowej nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa — zwłaszcza w sytuacji, w której główne składowiska odpadów dedykowane do realizacji zamówienia w zakresie unieszkodliwienia odpadów, stosują dla wszystkich wykonawców jednakowe stawki za unieszkodliwienie, w tym także składowisko w Kraśniku, które przyjęłoby znaczną część odpadów w toku realizacji zamówienia. Przystępujący załączył jako materiał dowodowy kalkulację oferty Przystępującego, celem wykazania istnienia rażąco niskiej ceny oferty odwołującego, a także wykazania, że informacje tego typu w realiach przedmiotu zamówienia, nie powinny być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Powołał orzeczenie w sprawie o sygn. KIO 527/19:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, złożonych ofert, wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanego do DELTA i udzielonych wyjaśnień wraz z dowodami, wezwania w trybie art. 87 ust. 1 skierowanego do Środowisko i Innowacje i udzielonych wyjaśnień, protokołu postępowania, informacji o wyniku postępowania raz dowody złożone przez odwołujących, zamawiającego i przystępujących w toku rozprawy.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale III SIWZ zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia :

1. Na przedmiot zamówienia w zakresie części 1 - Powiaty: łukowski, rycki, radzyński, parczewski, lubartowski, bialski, Miasto Biała Podlaska, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,330 Mg;
2. Na przedmiot zamówienia w zakresie części 2 - Powiaty: puławski, opolski, lubelski, Miasto Lublin, świdnicki, łęczyński, krasnostawski, włodawski, chełmski, Miasto Chełm, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,330 Mg;
3. Na przedmiot zamówienia w zakresie części 3 - Powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na

składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,340 Mg;

W rozdziale VIII SIWZ zamawiający zawarł wykaz oświadczeń lub dokumentów, składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy:

2. Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

4) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ (w formie oryginału).

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ zamawiający opracował opis sposobu przygotowania oferty

1. Wykonawca składa ofertę z wykorzystaniem Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej SIWZ.

2. Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy, działającej pod adresem 2a.

Wykonawca w ofercie podaje adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie jako ogólnodostępne na dzień wystawienia ogłoszenia o zamówieniu tj. 06-12-2019 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.

W rozdziale XIV zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny oferty:

1. Cena oferty to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usługi (Dz.U. z 2019 r. poz. 178 ze zm.).

2. Cena podana w formularzu ofertowym powinna obejmować wszystkie koszty i składniki jakie trzeba będzie zapłacić za przedmiot zamówienia związane z realizacją umowy.

3. Wykonawca kalkuluje cenę zgodnie ze wzorem przeniesionym do formularza ofertowego. Zamawiający zastrzega, iż dopuszcza wzajemne przesunięcia ilości wyrobów zawierającej azbest dla czynności ujętych w tabeli w kolumnie A1 i A2 w ten sposób, że suma ilości usuniętych wyrobów zawierających azbest dla poszczególnych części nie ulegnie zmianie (z zastrzeżeniem §9 ust 9 umowy). Ilości wyrobów zawierającej azbest dla czynności ujętych w tabeli w kolumnie A1 i A2 podane w Opisie przedmiotu zamówienia są ilościami prognozowanymi i służą do skalkulowania ceny oferty przez wykonawców. W przypadku przesunięcia ilości wyrobów zawierającej azbest dla czynności ujętych w tabeli w kolumnie A1 i A2 umowa będzie realizowana, aż do wyczerpania kwoty stanowiącej cenę oferty.

4. Cena może być tylko jedna na daną część zamówienia.

5. W przypadku rozbieżności między ceną podaną cyfrową, a ceną podaną słownie, Zamawiający jako prawidłową przyjmie cenę podaną słownie.

6. Wymienione wartości w ofercie (brutto) należy podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb.

7. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym z dnia 9 listopada 2018 r. (Dz. U. 2018 poz. 2191), Wykonawca może przekazać

Zamawiającemu ustrukturyzowaną fakturę elektroniczną za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania (PEF).

W rozdziale XXI. SIWZ zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania określone w art. 29 ust. 3a ustawy.

1. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osoby posiadającej odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest.

2. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu:

a) pisemne oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób określonych w ust. 1. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby upoważnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub Podwykonawcy;

b) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub Podwykonawcę kopię umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych. Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania.

3. Czynności o których mowa w ust. 1 będą realizowane przez osoby wskazane w wykazie osób dołączonym do oferty Wykonawcy. Zmiana ww. osób może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą Zamawiającego pod warunkiem, iż nowe osoby będą posiadały kompetencje nie mniejsze niż osoby wskazane w wykazie osób, a zwłaszcza, że będą spełniały wymagania określone w SIWZ.

4. w przypadku każdorazowego stwierdzenia przez Zamawiającego, iż umowa jest realizowana niezgodnie z pkt 1 Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 20 000 zł za każdy przypadek naruszenia.

5. w przypadku nieterminowego przesłania dokumentacji, o której mowa w pkt 2 lit. a i b, Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego za każdy dzień opóźnienia kary umownej w wysokości 1 000 zł za każdy przypadek naruszenia.

Zamawiający określił wzór Formularza ofertowego, zgodnie z którym w pkt. 3 niezależnie od części należało złożyć następujące oświadczenia:

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 1. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 8 zawierał bazę azbestową z podaniem składowisk ogólnodostępnych według tej bazy w latach 2017-2019.

Załącznik nr 5 określał wykaz osób, zgodnie z którym wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

1. Będzie dysponować osobami które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia:

a) min. 10 osobami posiadającymi odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy zabezpieczaniu i usuwaniu wyrobów zawierających azbest zgodnie z § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 14 października 2005 r. w sprawie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przy zabezpieczaniu i usuwaniu wyrobów zawierających azbest oraz programu szkolenia w zakresie bezpiecznego użytkowania takich wyrobów (Dz.

U. z 2005 r. Nr 216 poz. 1824);

b) min. 3 osobami kierującymi osobami, o których mowa w ww. pkt a), posiadającymi odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy zabezpieczaniu i usuwaniu wyrobów zawierających azbest zgodnie z § 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 14 października 2005 r. w sprawie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przy zabezpieczaniu i usuwaniu wyrobów zawierających azbest oraz programu szkolenia w zakresie bezpiecznego użytkowania takich wyrobów (Dz. U. z 2005 r. Nr 216 poz. 1824).

Zamawiający wymagał podania imienia i nazwiska, kwalifikacji zawodowych, zakresu wykonywanych czynności, informacji o podstawie do dysponowania osobą (np. umowa o dzieło, umowa o pracę)

Zgodnie z załącznikami nr 3a, 3b, 3c do SIWZ :

Zamawiający w par § 6 wzoru umowy określił składowisko

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.

2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).

3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych.

Zamawiający wyszacował wartość zamówienia w części 3 na kwotę 5 882 300zł. netto Na

otwarcu podał, że na sfinansowanie części 3 przeznacza kwotę 8 333 333,34zł., zaś oferty

złożono w tej części z następującymi cenami : Środowisko i Innowacje - 7 099 596zł., DELTA 4 580 050zł. i Wagra 5 627 000,88zł. - W ocenie łączy powyższe dowodzi, że ziścił się obowiązek ustawowy w zakresie wzywania do wyjaśnień ceny ofertowej wykonawcy

Wagra.

Oferta Środowiska i Innowacji:

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 1. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów - ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o. Dobrów 8; 28-142 Tuczępy

Zakład Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze Czerwony Bór, 18-300 Zambrów

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Część* (zakres) zamówienia dotycząca odbioru, transportu, usunięcia i załadunku na obszarze powiatów: łukowski, rycki, radzyński, parczewski, lubartowski, bialski, Miasto Biała

Podlaska, będzie realizowana przez następującego podwykonawcę PHUP „EURO- GAZ” Sp. J , Zgórsko, ul. Leśna 48, 26-052 Nowiny

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 2. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów - ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o. Dobrów 8; 28-142 Tuczępy

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Część* (zakres) zamówienia dotyczący - NIE DOTYCZY - będzie realizowana przez następującego podwykonawcę - NIE DOTYCZY

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 3. Informacje szczegółowe podane w rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu - PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Dorohuska 70, 22-100 Chełm

Składowisko odpadów niebezpiecznych Piaski - EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

Składowisko odpadów zawierających azbest Dobrów - ŚRODOWISKO I INNOWACJE Sp. z o.o. Dobrów 8; 28-142 Tuczępy

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory - Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o. o. w Oleszycach Futory, 37-630 Oleszyce
Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Część* (zakres) zamówienia dotyczący - demontażu przygotowaniu do transportu i załadunku na obszarze części powiatów objętych przedmiotem zamówienia - będzie realizowana przez następującego podwykonawcę - Radosław Rokosz Firma Remontowo - Budowlana „Ragar”

Oferta Delta:

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 3. Informacje szczegółowe podane w

rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

EKO-AZBEST SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W KRAŚNIKU
Adres UL. JÓZEFA PIŁSUDSKIEGO 14, 23-200 Kraśnik. Adres/lokalizacja składowiska: ul.
Jodłowa 70, 23-200 Kraśnik

PGO Sp. z o.o. w Chełmie ul. Ks. Piotra Skargi 11 22-100 Chełm, Adres/lokalizacja
składowiska: Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu, ul. Dorohuska 70 22-100
Chełm

Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o.o. w Oleszycach ul. Rynek 1 37-630
Oleszyce Adres/lokalizacja składowiska: Futory 37-630 Futory woj. podkarpackie
Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Pysznicy ul. Wolności 295 37- 403 Pysznica
Adres/lokalizacja składowiska: 37-403 Pysznica ul. Komunalna uwaga: składowisko wpisane
w bazie azbestowej jako ogólnodostępne, natomiast z informacji przekazanej przez
właściciela składowiska od stycznia br. w trakcie rekultywacji bez możliwości przyjmowania
odpadów azbestowych.

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie
wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu
zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy
na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Część* (zakres) zamówienia dotyczący nie dotyczy będzie realizowana przez następującego
podwykonawcę nie dotyczy (*jeśli dotyczy)

Oferta Wagra

3. Adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego
unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem
wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla części 3. Informacje szczegółowe podane w
rozdz. XII pkt 2a SIWZ.

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Pysznicy ZARZĄDCA: Zakład
Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Wolności 295 37- 403 Pysznica 37-403 Pysznica ul.
Komunalna

Składowisko Odpadów Azbestowych w Srebrzyszczu ZARZĄDCA: PGO Sp. z o.o. w
Chełmie; ul. Ks. Piotra Skargi 11 22-100 Chełm ul. Dorohuska 70 22-100 Chełm
Składowisko odpadów Piaski Zarzecze II (kwatery odpadów niebezpiecznych) ZARZĄDCA:
EKO-AZBEST Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 14, 23-200 Kraśnik Piaski 23-200 Kraśnik, ul.
Jodłowa 70

Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Futory
ZARZĄDCA: Zakład Usług Komunalnych i Rolniczych Sp. z o. o. w Oleszycach, ul. Rynek 1
37-630 Oleszyce Futory 37-630 Futory

Oświadczam, iż zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie
wnosimy do niej zastrzeżeń.

Oświadczam, iż akceptuję przekazany przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu
zamówienia oraz wzór umowy

Oświadczam, iż w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy
na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 21 stycznia 2020r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Środowisko i
innowacje do wskazania możliwego miejsca powstania odpadów azbestowych znajdującego
się na terenie Województwa Lubelskiego, w każdej z 3 części postępowania, z którego do
wskazanego składowiska (Dobrow 8 28-142 Tuczępy) jest bliżej pod względem trasy
przejazdu niż do innych składowisk znajdujących się na terenie Województwa Lubelskiego
lub województw sąsiednich celem wykazania zachowania „zasady bliskości” określonej w art.
20 ust. 2 ustawy o odpadach.

W dniu 21 stycznia 2020r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę

DELTA do wyjaśnień ceny rażąco niskiej cytując treść tego przepisu.

Wykonawca wniósł o wydłużenie mu terminu do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający nie wzywał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawcy WAGRA w zakresie części III zamówienia.

W dniu 27 stycznia 2020r. Środowisko i Innowacje złożyło następujące wyjaśnienia:

Treść wezwania uznać należy za niezrozumiałą i pozbawioną podstaw prawnych, dla wykonawcy nie jest jasne, czemu miałyby służyć ww. wskazanie miejsca powstania odpadu.

Z treści SIWZ wynika bowiem jednoznacznie, że dla każdej części zamówienia, wykonawca zobowiązany jest do przygotowania do transportu (w tym zapakowania), załadunku, transportu oraz unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości w ilości od 7 933,000 Mg do 7 934,000 Mg, w zależności od części postępowania (podział ten wynika także wprost z formularza ofertowego, tj. załącznika nr 7 do SIWZ). W części Postępowania, Wykonawca zobligowany jest zaś do usunięcia (demontażu), przygotowania do transportu (w tym zapakowania), załadunku, transportu oraz unieszkodliwienia na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, przez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest. W tym zaś przypadku mamy do czynienia z masą odpadów na poziomie 3 400,000 Mg dla każdej z części postępowania. W tym wypadku wykonawcę uznać należy rzeczywiście za wytwórcę odpadów, w konsekwencji zaś możemy tu mówić o miejscu wytworzenia odpadu. Środowisko i Innowacje nie wiedziało czy zamawiający oczekuje wyjaśnień każdej z trzech części zamówienia w odniesieniu do łącznej ilości masy odpadów wskazanych w SIWZ, czy też w odniesieniu do mas odpadów, rzeczywiście wytworzonych w toku demontażu pokryć dachowych przez wykonawcę. Wykonawca powołał te same treści SIWZ, co zamawiający w wezwaniu, a nadto definicję składowiska z par. 6 wzoru umowy.

Wykonawca wskazał, że składając ofertę zadeklarował m.in., że posiada własne składowisko odpadów, którego jest właścicielem, co odpowiada powyższym wymogom.

Dodatkowo posiada obowiązującą umowę z administratorami/zarządzającymi innymi składowiskami. Składowiska, na których wykonawca zamierza unieszkodliwiać odpady, odpowiadają ponadto wszelkim wymogom ustawowym, w tym m.in. zasadzie bliskości określonej w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz będą transportowane w zgodzie z art. 24 ust. 2 ww. ustawy oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych. Składowisko, co do którego sformułowana została treść pisma z 21 stycznia 2020 r., znajduje się również w bazie azbestowej oraz ma status składowiska ogólnodostępnego, o czym świadczy m.in. poniższy link:

Wykonawca został wezwany do wskazania możliwego miejsca powstania odpadów azbestowych znajdującego się na terenie Województwa Lubelskiego w każdej z trzech części zamówienia, z którego do składowiska w Dobrowie jest bliżej pod względem trasy przejazdu niż do innych składowisk znajdujących się na terenie Województwa Lubelskiego lub województw sąsiednich celem wykazania zachowania „zasady bliskości” określonej w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach. Abstrahując od rozważań wskazanych w dwóch pierwszych częściach pisma, wykonawca również zwrócił uwagę na prawdopodobnie błędne rozumienie „zasady bliskości” po stronie zamawiającego.

Kwestia ta była wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej jak również rozmów i sporów prowadzonych pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W odniesieniu do tak specyficznej kategorii odpadów, jakimi są odpady niebezpieczne zawierające azbest, odległość mierzona kilometrami może być utożsamiana z zasadą bliskości jedynie wyjątkowo. W przypadku np. zakaźnych odpadów medycznych, odległość mierzona kilometrami ma istotne znaczenie, w przypadku zaś odpadów objętych przedmiotem zamówienia, zasadę bliskości interpretować należy szeroko.

Na szerokie rozumienie zasady bliskości wielokrotnie wskazywała KIO, m.in. w wyroku z dnia 10 lipca 2013 r., sygn.. KIO 1534/13, KIO 1378/13, KIO 2592/19.

Odwołujący zwrócił uwagę na twierdzenia wyrażone w treści wyroku z dnia 8 stycznia 2020 r., w sprawie o sygn. KIO 2592/19

Mimo niekorzystnego wyniku postępowania odwoławczego dla wykonawcy, Środowisko i Innowacje uznał, że utrzymywanie interpretacji „zasady bliskości” zgodnej z interpretacją

wyrażoną w poprzednim, unieważnionym postępowaniu przez zamawiającego, będzie nieuprawnione i niezgodne z dyspozycją przepisu art. 20 ustawy o odpadach. Środowisko i Innowacje wskazał, że wymaganie unieszkodliwiania odpadów jedynie na składowiskach, których odległość od miejsca powstania lub zalegania odpadów azbestowych mierzona jest kilometrami i uznawanie wyłącznie ich za zgodne z zasadą bliskości, jest niezgodne z przepisami ustawy o odpadach. Na prawidłową interpretację zasady bliskości składa się znacznie więcej okoliczności, w tym między innymi najlepsza dostępna technika, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, oraz technologia, o której mowa w art. 143 tej ustawy. Należy również zwrócić uwagę na ekonomikę postępowania z odpadami, moce przerobowe oraz względy ekologiczne, dostępność składowiska w określonej porze dnia. Przykładowo składowisko w Kraśniku otwarte jest sezonie zimowym tylko do 15.00, zaś składowisko w Dobrowie do godziny 19.00, a dla wykonawcy jest dostępne przez całą dobę. Przy stosowanych przez wykonawcę pojazdach, które są w stanie pomieścić do 24 Mg odpadów, które są zbierane w ciągu dnia pracy, po demontażu z kilku lokalizacji, czas dostarczenia odpadów na składowisko może wypadać po godzinach pracy części składowisk. Między innymi z tego powodu wykonawca wskazał w ofercie składowisko w Dobrowie, do którego ma nieograniczony dostęp, jako jedno ze składowisk, na którym przewiduje unieszkodliwienie odpadów, mimo że również z uwagi na odległość mierzona kilometrami, co nie rzadko łączy się z mniejszymi kosztami transportu, planuje unieszkodliwianie odpadów na pozostałych składowiskach.

Środowisko i Innowacje przedstawił okoliczności, które mogą przemawiać za obowiązywaniem zasady bliskości w stosunku do składowiska Odwołującego, mieszczącego się w miejscowości Dobrow:

1. Godziny pracy składowiska - w Dobrowie - do ostatniego samochodu trwają prace rozładunkowe. Składowisko w Dobrowie jest przygotowane do świadczenia usług rozładunku zawsze w godzinach dogodnych dla kierowców obsługujących usługę transportu.
2. Priorytet w rozładunku własnych dostaw. Pojazdy własne obsługiwane są w trybie natychmiastowym celem zapewnienia lepszej rotacji i wydajności, optymalizacji kosztów.
3. Ładunek jest rozładowywany niezwłocznie po dotarciu na składowisko, co nie wpływa na zużycie pojazdów, poprzez np. ich obciążanie ładunkiem w czasie postoju lub w czasie noclegu na obcym parkingu.
4. Brak potrzeby zapewnienia noclegu dla kierowcy poza miejscem zamieszkania.
5. Możliwość serwisowania i drobnych napraw pojazdów podczas ich pobytów w Dobrowie, gdzie jest również cała baza transportowa.
6. Dostęp do własnego paliwa - niższa cena, w stosunku do cen na stacjach paliwowych. Odwołujący korzystając z rozwiązań dostaw paliw dla swoich maszyn i floty, z racji skali, korzysta ze znacznych rabatów w cenie paliw, co optymalizuje zarówno koszty transportu i czas pracy kierowcy, unikającego postoi na stacjach paliw jak i doliczania kilometrów do swojej trasy celem dojechania do takiej stacji.
7. Łatwość rotacji kierowców.
8. Elastyczne cykle rozliczeń za składowiskiem - dostosowane do harmonogramu projektu.
9. Ewentualne oczekiwanie na rozładunek odbywa się na terenie zarządzanym przez operatora składowiska w Dobrowie, poza zasięgiem osób postronnych, z dala od siedlisk ludzkich i terenów rolnych.
10. Kierowcy posiadają dostęp do sanitariatów.
11. Drogi i place manewrowe zapewniają prostą komunikację

Wszystkie powyższe okoliczności Środowisko i Innowacje uznał za wpisujące się w prawidłową interpretację „zasady bliskości” i czyniące jej zadość. Dodatkowo również prawidłowe skalkulowanie ceny oferty możliwe jest wyłącznie w przypadku przewidzenia z wyprzedzeniem, obowiązujących zasad współpracy ze składowiskiem, na którym unieszkodliwiony ma zostać odpad. Przykładowo spółka zarządzająca składowiskiem w Kraśniku, na podstawie umowy, może w dowolnym czasie jednostronnie dokonać zmiany cen za 1 Mg unieszkodliwienia odpadów. To zaś może w znaczący sposób wpłynąć na koszty w toku realizacji zamówienia. Środowisko i Innowacje wskazał, że nie jest planowane unieszkodliwianie większości czy całości odpadów na składowisku w Dobrowie, niemniej jednak w pewnych okolicznościach, uzasadnione będzie unieszkodliwienie odpadów na wskazanym w ofercie składowisku w Dobrowie.

W dniu 31 stycznia 2020r. wykonawca DELTA złożył wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

Na str. 5 części III wyjaśnień (część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) pkt. II lit. a pierwsza

strzałka i lit. b pierwsza strzałka wskazano jako rodzaj umowy z personelem - umowę zlecenia, przy czym skalkulowana stawka nie narusza wymagań dotyczących minimalnej stawki godzinowej przy umowach cywilnoprawnych w 2020r. jednocześnie przedstawiono kalkulację dla tej stawki godzinowej z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracodawcy, a także założono ryzyko wzrostu stawki w roku 2021 - str. 5-6 części III wyjaśnień. Koszty osobowe wyliczone są na str. 5-8 (akapit I), 15-16, 23-24 wyjaśnień w części III.

Zamawiający złożył mapę dostępności do składowisk w województwie lubelskim i województwach sąsiednich oraz mapę dostępności do składowisk w województwie lubelskim i województwach sąsiednich - Izba przyjęła te dokumenty jako element poglądowy, którego jednak moc dowodowa nie służy wykazaniu okoliczności spornych, gdyż nie było osi sporu pomiędzy zamawiającym, a odwołującym Środowisko i Innowacje, że składowisko w Dobrowie (Tuczępy) nie jest najbliższe miejscu wytworzenia odpadów w ujęciu odległości liczonej kilometrami.

Dowody odwołującego (przystępującego) Środowisko i Innowacje:

Dowody z mapy prezentującej ilości odpadów skierowanych do unieszkodliwiania na składowisku w Kraśniku, zestawienie ankiet 2017, 2016, 2015 wypełnianych przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie ujawniania informacji publicznej o zakresie realizacji planów gospodarki odpadami i miejscu unieszkodliwiania odpadów azbestowych, zestawienie ankiet 2019 wypełnianych przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie ujawniania informacji publicznej o zakresie realizacji planów gospodarki odpadami i miejscu unieszkodliwiania odpadów azbestowych na składowisku w Kraśniku, zestawienie ankiet 2019 i 2018 przez jednostki samorządu terytorialnego w zakresie ujawniania informacji publicznej o zakresie realizacji planów gospodarki odpadami i miejscu unieszkodliwiania odpadów azbestowych w celu wykazania, że firma Delta kieruje odpady z innych województw i miejscowości nie kierując się zasadą bliskości, wzór ankiety kierowanej do gmin z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej stanowiącej podstawę do sporządzenia mapy - Izba oceniła te dowody jako zbędne dla rozstrzygnięcia, gdyż istotą sporu nie jest rozumienie zasady bliskości przez różnych wykonawców działających na rynku usuwania wyrobów i odpadów zawierających azbest, ani też jej przestrzegania tak przez tych wykonawców jak i same składowiska, czy też jak przebiega nadzór nad przestrzeganiem realizacji tej zasady ze strony kompetentnych organów państwowych, ale przedmiotem sporu jest spór prawny, co do interpretacji wymogu zamawiającego opisanego w par 6 ust. 2 wzoru umowy tj. składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).

Jest to spór co do prawa, który w ocenie Izby nie wymaga dowodu, a jedynie znajomości prawa, do której Izba zgodnie z art. 174 ust. 7 ustawy Izba jest zobowiązana i którym jest związana. Nadto Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że przedstawione dowody stanowią opracowania własne odwołującego, powstałe na podstawie pozyskanych materiałów źródłowych, których do opracowań nie załączono, co uniemożliwia ocenę wiarygodności tych opracowań i pozwala na ich przyjęcie jedynie jako stanowiska własnego odwołującego się.

- Diploma Bruxelles Eureka The Belgian and International Trade Fair for Technological Innovation Gold Medal Association des Inventeurs et Fabricants Français Diplôme

Medaille de bronze 2010 - dokumenty sporządzone w języku obcym przedłożony bez tłumaczenia na język polski, co nie pozwoliło zgodnie z par 19 Rozporządzenia w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań zaliczyć dokumentu w poczet materiału dowodowego,

- medal Intertarg Katowice 2010 - wyróżnienie na V Ogólnopolskich Targach Innowacji Gospodarczych i Naukowych z dnia 23 kwietnia 2010r. - stanowi dowód stwierdzający, że Środowisko Innowacyjne sp. z o.o. otrzymało wyróżnienie za instalację do bezpiecznego unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych zawierających azbest, przy jednoczesnej rewitalizacji terenów po otworowej eksploatacji siarki.

- list gratulacyjny Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego dla Środowiska i Innowacji sp. z

o.o. za projekt pod nazwą Instalacja do bezpiecznego unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest pozwalająca rewitalizować zdegradowane tereny tym samym chronić środowisko z 7 marca 2011r.

- dyplom Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego dla Środowiska i Innowacje sp. z o.o. za projekt pod nazwą bezpieczne unieszkodliwianie odpadów zawierających azbest i rewitalizacja po otworowej eksploatacji siarki z 8 marca 2010r.
- list gratulacyjny Starosty Staszowskiego dla Prezesa Zarządu Środowiska i Innowacji sp. z o.o. z 27 listopada 2009r. za zdobycie złotego medalu na Światowej Wystawie Innowacji Badań i Nowoczesnych Technologii Brussels Innova 2009
- nadanie tytułu Innovator 2008 w dziedzinie Innowacyjna inwestycja w usługach dla firmy Środowisko i Innowacje sp. z o.o. za projekt Instalacja do bezpiecznego unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest
- Izba oceniła te dowody jako zbędne dla rozstrzygnięcia, gdyż istotą sporu nie jest innowacyjny charakter rozwiązań odwołującego w latach 2008-2011 i jego walory jakościowe jako przedsiębiorcy, ale przedmiotem sporu jest spór prawny, co do interpretacji wymogu zamawiającego opisanego w par 6 ust. 2 wzoru umowy tj. składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).
- zapytanie o cenę z dnia 13 grudnia 2019r. do Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy i odpowiedź udzielona w dniu 17 grudnia 2019r., z których wynika, że składowisko nie przyjmuje wyrobów oraz odpadów zawierających azbest, gdyż składowisko znajduje się w rekultywacji - Izba oceniła, że dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż zamawiający w siwz określił wprost na jaki moment będzie badał ogólnodostępność składowiska tj. na dzień 6 grudnia 2019r. oraz wskazał sposób oceny tego wymogu - tj. informację z Bazy Azbestowej,
- wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 20 grudnia 2019r. do Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Pysznicy i odpowiedź udzielona w dniu 9 stycznia 2020r. z której wynika, że w roku 2018 i 2019 składowisko nie przyjmowało odpadów o kodzie 170601 i 170605 i że znajduje się w procesie rekultywacji i jest zamknięte oraz nie posiada pozwolenia zintegrowanego - Izba oceniła, że dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż zamawiający w siwz określił wprost na jaki moment będzie badał ogólnodostępność składowiska tj. na dzień 6 grudnia 2019r. oraz wskazał sposób oceny tego wymogu - tj. informację z Bazy Azbestowej
- wydruk z bazyazbestowej.gov.pl na dzień 2 stycznia 2020 i załączone do niego informacje o składowisku, z których wynika, że składowisko w Piaskach na dzień 2 stycznia 2020r. miało status zamknięte, zaś składowisko w Lasach ogólnodostępne - godziny pracy 7-15, oraz składowisko w Dobrowie 8 Tuczępy - ogólnodostępne godziny pracy 7-17 - Izba oceniła, że dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż zamawiający w siwz określił wprost na jaki moment będzie badał ogólnodostępność składowiska tj. na dzień 6 grudnia 2019r. oraz wskazał sposób oceny tego wymogu - tj. informację z Bazy Azbestowej,
- decyzja nr BD.1.76.24.2012 z dnia 7 listopada 2012r. została wydana z wniosku Zakładu Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Kraśniku na wydanie zgody na realizację przedsięwzięcia polegającego na budowie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne z wydzieloną częścią do składowania odpadów o kodzie 16 06 05 w ramach Zakładu Zagospodarowania Odpadów obręb geodezyjny Piaski, na użytkach rolnych klasy IVa, IVb, V, użytkach leśnych, zakrzaczach i nieużytkach - z pkt. 2.40 wynika nakaz ograniczenia do minimum ilości przejazdów dowożących materiały oraz odpady przez tereny zabudowy chronionej akustycznie.
- decyzja nr PZ 11/2016 z dnia 24 maja 2016r. - udziela pozwolenie zintegrowanego

Zakładowi Zagospodarowania Odpadów w Kraśniku na eksploatację instalacji do składowania odpadów niebezpiecznych o zdolności przyjmowania ponad 10 ton na dobę lub o pojemności całkowitej ponad 25 ton z wyjątkiem składowisk odpadów obojętnych lub obiektów unieszkodliwiania odpadów wydobywczych zlokalizowanej na terenie Zakładu

Zagospodarowania Odpadów w obrębie Paki, gmina Kraśnik - wynika z niego, że Zakład może unieszkodliwiać odpady o kodzie 17 06 01 do 20 tys. ton rocznie, a o kodzie 17 06 05 do 55 tys. ton rocznie. Sprzęt na składowisku może pracować od 7:30 do 15:30, co najmniej raz na pięć lat będzie przeprowadzana ocena porównująca parametry procesowe z wskaźnikami charakteryzującymi najlepsze dostępne techniki (BAT). W przypadku stwierdzenia daleko idących rozbieżności z wymogami BAT, stanowić będą podstawę do podjęcia decyzji o modernizacji względnie eliminacji danego procesu. Analiza taka będzie

prowadzona również w przypadku, gdy oddziaływanie instalacji na środowisko zmieni się w stopniu wskazującym na konieczność zmiany udzielonego pozwolenia zintegrowanego lub nastąpi zmiana w najlepszych dostępnych technikach pozwalająca na znaczne zmniejszenie wielkości emisji bez powodowania nadmiernych kosztów lub wynikać to będzie z potrzeby dostosowania eksploatacji instalacji do zmian przepisów o ochronie środowiska.

- decyzja nr PZ 29/2017 z dnia 7 grudnia 2017r. z której wynika, że nastąpiła zmiana nazwy prowadzącego instalację objętą pozwoleniem na EKO-Azbest sp. z o.o.

- z opisu procesu i procedur demontażu wyrobów zawierających azbest i kalkulacji ceny wynika, że przystępujący Środowisko i Innowacje planuje zatrudnić brygadzystów za stawkę 250 dziennie i 5800zł. brutto miesięcznie, a pracownika demontażu za stawkę 165 zł. dziennie i 3600zł. brutto miesięcznie. Koszt środków ochrony osobistej przewidziany przez przystępującego na pracownika demontażu dziennie to 52,13zł. netto - Izba oceniła, że przedstawiony dowód nie służył wykazaniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, gdyż zamawiający jedyny powód jaki podał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego to fakt, że wykonawca przez nieuwzględnienie w wyjaśnieniach w zakresie ceny wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów (zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wskazanych osób) potwierdził zdaniem zamawiającego, że zaoferowane ceny są rażąco niskie. Zamawiający zatem ocenił jedynie formę zatrudnienia, a nie wykazane w ramach powołanej w wyjaśnieniu formy zatrudnienia - umowa zlecenia i na podstawie założonej formy zatrudnienia - innej niż wymagana w siwz doszedł do wniosku, że cena oferty jest rażąco niska. Tym samym spór pomiędzy stronami sprowadzał się w istocie do rozstrzygnięcia, czy forma zatrudnienia przesądza o zaniżeniu kosztów wykonania zamówienia. Tym samym szczegółowa kalkulacja przystępującego nie służy rozstrzygnięciu tej kwestii. Nadto Izba porównała koszty materiałów ochronnych wskazane w kalkulacji przez przystępującego, z załączoną przez niego ofertą zestawu AZBEST Ochrona azbestowa producenta AgroBHP i stwierdziła, że sam przystępujący wycenił ten koszt na 52, 13zł. netto, a przedstawił dowód na koszt 159,90zł. brutto, co w ocenie Izby dowodzi, że koszt ochrony BHP może być niższy niż 159,90zł. Izba ustaliła, że odwołujący wyliczył koszty ochrony osobistej w pkt VII części III wyjaśnień i na ponoszone w tym zakresie koszty przedstawił faktury zakupowe w załączniku nr 6 do wyjaśnień, w ocenie Izby te dowody nie budzą wątpliwości, co do skalkulowania kosztów ochrony osobistej BHP i udowodnienia wysokości tych kosztów. W ocenie Izby przedstawiony opis i kalkulacja nie dowodzą, że cena oferty WAGRA odbiegała od wyceny odwołującego Środowisko i Innowacje w taki sposób, który powinien budzić wątpliwości zamawiającego zwłaszcza w sytuacji, gdy własny szacunek zamawiającego był niższy od wyceny odwołującego Środowisko i Innowacje.

- z wniosku o udostępnienie informacji z dnia 11 lutego 2020r. wynika, że oferty wykonawców Wagra i Delta zostały przystępującemu udostępnione w dniu 27 stycznia 2020r., a zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i dlatego załączniki do protokołu zostaną przystępującemu udostępnione do pokonaniu tej czynności.

Dowody odwołującego (przystępującego) DELTA:

- z zaproszenia do składania ofert Gminy Tarnobrzeg w postępowaniu na usuwanie wyrobów zawierających azbest z terenu Gminy Tarnobrzeg w roku 2018 wynika, że unieszkodliwianie odpadów zawierających azbest może nastąpić zgodnie z zasadą bliskości - art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach wyłącznie na najbliższym składowisku odpadów niebezpiecznych, którego zarządzający posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest, z zaproszenia do składania ofert Gminy Szydłów na usuwanie wyrobów zawierających azbest z terenu Gminy Szydłów w 2019r. - unieszkodliwianie odpadów zawierających azbest może nastąpić wyłącznie na najbliższym składowisku odpadów niebezpiecznych zgodnie z zasadą bliskości (ustawa o odpadach), którego zarządzający posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest, zaproszenie do składania ofert Gminy Staszów na realizację demontażu, transportu i unieszkodliwiania wyrobów zawierających azbest z terenu Gminy Szydłów w 2017r. - unieszkodliwianie odpadów zawierających azbest może nastąpić zgodnie z zasadą bliskości - art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach - wyłącznie na najbliższym składowisku odpadów niebezpiecznych, którego zarządzający posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest - Izba oceniła te dowody jako zbędne dla rozstrzygnięcia, gdyż istotą sporu nie jest rozumienie zasady bliskości przez różnych wykonawców działających na rynku usuwania wyrobów i odpadów zawierających azbest czy też zamawiających, ani też jej przestrzegania tak przez tych wykonawców jak i same składowiska, czy też jak przebiega nadzór nad przestrzeganiem realizacji tej zasady ze strony kompetentnych organów państwowych, ale przedmiotem sporu jest spór prawny, co do interpretacji wymogu zamawiającego opisanego w par 6 ust. 2 wzoru umowy tj. składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012

r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).

- specyfikacja OP-IV.272.35.2018.LB, na usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (użytkowanych) do osób fizycznych na terenie Województwa Lubelskiego w latach 2018-2019 z podziałem na 3 części wynika, że zamawiający w każdej z części zamierzał unieszkodliwić 5 333,20 Mg odpadów i przygotować do transportu 7 999,80 Mg odpadów. Zamawiający wyszacował wartość całości zadania na 29 784 598,65 zł. netto i udzielił zamówienia w części I firmie DELTA za cenę 5 535 786,15 zł. (wartość szacunkowa 6 630 634,23zł.), części II Środowisko i Innowacje - 5 183 870,40 zł. (wartość szacunkowa 6 618 634,53) i w części II Środowisko i Innowacje - 5 472 273,60zł. (wartość szacunkowa 6 607 130,34zł.)

- w ramach dowodów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odwołujący złożył dla części 1 dwie umowy o pracę i 11 umów przedwstępnych dla stanowisk pracownik biurowy -1 , kierownik - 2, pracownik fizyczny 7, kierowca 3, dla części 2 w tym 2 umowy o pracę i 12 umów przedwstępnych dla stanowisk: pracownik biurowy 2, kierownik 2, pracownik fizyczny 7, kierowca 3, dla części 3, w tym umów o pracę 0, umów przedwstępnych 13 na stanowiskach pracownik biurowy 0, kierownik 3, pracownik fizyczny 7, kierowca 3. Wszystkie umowy są datowane przed 13 stycznia 2020r. tj. dniem otwarcia ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymagania formalne określone w art.

185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że obaj odwołujący wykazali przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 313/20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, przez zaniechanie wskazania w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 7 lutego 2020 r., wszystkich przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia oferty DELTA, w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w sytuacji gdy DELTA wskazał w treści formularza ofertowego dla cz. 3 składowisko odpadów, które powinno skutkować odrzuceniem jego oferty z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający jednoznacznie wskazał w jaki sposób będzie badał prawidłowość wskazanych przez wykonawców w formularzach ofertowych składowisk tj. :

- czy wykonawca podał adresy oraz firmy wszystkich składowisk, w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwiania odpadów,
- czy te składowiska uwzględniają wszystkie możliwe miejsca ich powstania dla danej części postępowania,
- czy składowiska figurują w wykazie składowisk Baza azbestowa jako ogólnodostępne na dzień wystawienia ogłoszenia o zamówieniu tj. 6 grudnia 2019
- czy spełniają wymogi wynikające z par. 6 załącznika nr 3 do siwz - wzoru umowy - czyli :
 - a) czy wykonawca ma tytuł do przekazania odpadów na wskazane stanowisko - ust. 1,
 - b) czy wykonawca wskazał składowisko położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu zgodnie z zasadą bliskości z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach
 - c) czy wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest i
 - d) czy transport odbywa się zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach i ustawy o przewozie

towarów niebezpiecznych.

Przy czym pomiędzy stronami było sporne, czy wykonawca DELTA miał prawo zgodnie z tymi postanowieniami wskazać składowisko, do którego nie będzie mógł przekazywać odpadów na etapie realizacji umowy.

Izba oceniła, że przedstawione wyżej wymagania zamawiającego w żaden sposób nie dotyczą mocy przerobowych składowiska, a co do jego dostępności to zamawiający ten element miał zamiar weryfikować jedynie na podstawie informacji z Bazy Azbestowej o ogólnej dostępności i to na konkretny dzień wskazany w siwz. Tym samym zamawiający wprost w siwz określił sposób weryfikacji wszystkich składowisk przewidzianych do dokonania ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych. Zamawiający jednocześnie wskazał, że odrzuci ofertę, w której nie podano wszystkich składowisk i taką której składowisko nie spełnia wymagań par. 6 wzoru umowy. Przy czym zamawiający jednocześnie zastrzegł, że sam fakt, że na etapie realizacji umowy dane składowisko może nie być w stanie przyjąć odpadów nie stanowi przeszkody do jego wskazania, gdyż wówczas przekazanie nastąpi do składowiska najbliższego składowisku wskazanemu. Tym samym zamawiający z jednej strony oczekiwał wszystkich składowisk i za brak choćby jednego karać miał odrzuceniem oferty i z drugiej strony nie uważał za przeszkodę we wskazaniu składowiska niezdolnego do odbioru odpadów w trakcie umowy. W ocenie Izby oznacza to, że dla zamawiającego istotne było jedynie figurowanie składowiska na konkretny dzień w Bazie Azbestowej jako ogólnodostępnego oraz zachowanie zasady bliskości z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, natomiast nie było przedmiotem zainteresowania zamawiającego, czy rzeczywiście odpady trafią do każdego ze wskazanych w ofercie składowisk. Izba nie może

oceniać racjonalności takiego postępowania zamawiającego, gdyż nie jest one niezgodne z przepisami ustawy, które wyznaczają granice kognicji Izby. Zasady te zamawiający określił w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, tym samym Izba ustaliła, że składowisko w Pyszniczy na dzień 6 grudnia 2019r., zgodnie z załącznikiem nr 8 do siwz było ogólnodostępne i nie było przedmiotem sporu, że jest położone blisko miejsc powstania odpadów. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty WAGRA, mimo istniejących ku temu przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia, w sytuacji, gdy WAGRA wskazał w treści formularza ofertowego dla cz. 3 składowisko odpadów, które powinno skutkować odrzuceniem jego oferty

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z tych samych powodów, co opisane w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty WAGRA, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że informacje podane przez zamawiającego co do wysokości wartości szacunkowej zamówienia w części 3 oraz wyliczenia zamawiającego w zakresie różnic procentowych pomiędzy ubruttowioną wartością szacunkową zamówienia, a ofertą WAGRA i tą ofertą a średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert są prawidłowe. Izba ustaliła, że nie stanowią one o rozbieżności obligującej zamawiającego do żądania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 a ustawy. W ocenie Izby fakt, że oferta Wagra odbiega jedynie o 2,46% od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia i o około 11% od wartości wszystkich złożonych ofert, a także fakt, że oferta odwołującego Środowisko i Innowacje jest droższa o 7456 716 zł. od ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia powoduje, że Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do realności ceny oferty Wagra. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 90 ust. 1 i 1 a ustawy, które musiałyby być zamawiającego zastosowanie przed ewentualnym zastosowaniem art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W konsekwencji postawiony zarzut należało ocenić jako nie tylko jako nieuzasadniony, ale również zbyt daleko idący w stosunku do dotychczasowych czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, przez jego zastosowanie i wezwanie odwołującego pismem z dnia 7 lutego 2020 r. do złożenia

wyjaśnień treści oferty, w sytuacji gdy treść oferty odwołującego była jednoznaczna, precyzyjna i nie budziła wątpliwości co do prawidłowości realizacji zamówienia oraz pozostawania w zgodzie z postanowieniami SIWZ, zatem nie uzasadniała skorzystania przez zamawiającego z procedury określonej w ww. przepisie (przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania pozostałych wykonawców, którzy zadeklarowali inne składowiska), alternatywnie przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieprecyzyjnym określeniu przedmiotu wezwania, tj. na sformułowaniu treści w brzmieniu wzywającym do wskazania możliwego miejsca powstania odpadów azbestowych znajdującego się na terenie Woj. Lubelskiego, z którego do składowiska w Dobrowie jest bliżej pod względem trasy przejazdu niż do innych składowisk, w sytuacji gdy treść takiego wezwania powinna być jednoznaczna i wyczerpująca

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, polegające na czynności odrzucenia oferty odwołującego, w sytuacji gdy treść tej oferty jest zgodna z SIWZ, w konsekwencji pozwalała na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich trzech częściach postępowania

Izba rozpoznała oba zarzuty łącznie i uznała, że nie zasługują na uwzględnienie. Przepis art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach stanowi, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania przekazuje się uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo ochrony środowiska lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

W ocenie Izby istotą sporu pomiędzy stronami było to jak rozumieć nakaz uwzględnienia najlepszej dostępnej techniki lub technologii.

Przepis art. 143 Prawa ochrony środowiska stanowi, że technologia stosowana w nowo uruchamianych lub zmienianych w sposób istotny instalacjach i urządzeniach powinna spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się w szczególności:

- 1) stosowanie substancji o małym potencjale zagrożeń;
- 2) efektywne wytwarzanie oraz wykorzystanie energii;
- 3) zapewnienie racjonalnego zużycia wody i innych surowców oraz materiałów i paliw;
- 4) stosowanie technologii bezodpadowych i małoodpadowych oraz możliwość odzysku powstających odpadów;
- 5) rodzaj, zasięg oraz wielkość emisji;
- 6) wykorzystywanie porównywalnych procesów i metod, które zostały skutecznie zastosowane w skali przemysłowej;
- 7) (uchylony)
- 8) postęp naukowo-techniczny.

Z kolei przepis art. 207 tej ustawy wskazuje, że najlepsze dostępne techniki powinny spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się jednocześnie:

- 1) rachunek kosztów i korzyści;
- 2) czas niezbędny do wdrożenia najlepszych dostępnych technik dla danego rodzaju instalacji;
- 3) zapobieganie zagrożeniom dla środowiska powodowanym przez emisje lub ich ograniczanie do minimum;
- 4) podjęcie środków zapobiegających poważnym awariom przemysłowym lub zmniejszających do minimum powodowane przez nie zagrożenia dla środowiska;
- 5) termin oddania instalacji do eksploatacji;
- 6) dokumenty referencyjne BAT oraz konkluzje BAT, o ile zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

1a. Przy określaniu najlepszych dostępnych technik bierze się pod uwagę wymagania, o

których mowa w art. 143, także w przypadku gdy instalacja nie jest nowo uruchamiana lub zmieniana w sposób istotny.

Rację ma jednak zamawiający i przystępujący, że najlepsza dostępna technika czy technologia podlegają badaniu w dacie wydawania pozwolenia zintegrowanego lub okresowej oceny funkcjonowania instalacji czy też zmianie w sytuacji pojawienia się nowej techniki czy technologii, o czym stanowi art. 211 a ustawy. W ocenie Izby zatem jeśli dla danego składowiska zostało wydane pozwolenie zintegrowane i nie zostało ono zmienione lub uchylone, to nie ma podstaw, aby dla wykładni zasady bliskości oceniać jakość tej techniki przez porównanie z technikami innych składowisk posiadających pozwolenia zintegrowane. W ocenie Izby byłoby to ponowne weryfikowanie spełnienia przesłanek do wydania pozwolenia zintegrowanego dokonywane arbitralnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby podważać zasadę zaufania do ostatecznych decyzji administracyjnych. W ocenie Izby zamawiający nie ma podstaw do takiej interpretacji art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, aby nadać sobie uprawnienia badania najlepszej techniki czy technologii. W ocenie Izby zamawiający może oceniać odległość od miejsca wytworzenia odpadów oraz badać zachowanie hierarchii sposobów postępowania z odpadami, co w przedmiotowej sprawie nie zachodzi, gdyż jak słusznie wskazał zamawiający i przystępujący odpady azbestowe zgodnie z powołanym w pismach procesowych rozporządzeniem podlegają unieszkodliwieniu na składowisku. Tym samym Izba doszła do przekonania, że jedyną okolicznością różnicującą składowiska pomiędzy sobą w tym postępowaniu jest odległość od miejsca wytworzenia odpadu. Biorąc to pod uwagę, że nieistotne dla rozstrzygnięcia należało uznać zagadnienie, czy technika odwoływającego polegająca na składowaniu odpadów azbestowych na składowisku na terenie po otworowej eksploatacji siarki jest lepsza od technik innych składowisk posiadających pozwolenie zintegrowane. W ocenie Izby taka przesłanka nie wynika z treści art. 20 ust. 2 ustawy rozpatrywanego w związku z treścią art. 143 i 207 ustawy Prawo o ochronie środowiska, a nie w oderwaniu od tych przepisów, czego jak wydaje się oczekiwał odwoływający. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby skierowane do odwoływającego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie było niejednoznaczne, a także nie zachodziła potrzeba dalszych wyjaśnień ze strony odwoływającego. Jasne było bowiem dla obu stron, że różnią się w wykładni przepisu art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach i dalsze wyjaśnienia w tym zakresie nie spowodowałyby zmiany tych stanowisk. W konsekwencji w ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani także art. 87 ust. 1 ustawy. Skutkiem tego było również niestwierdzenie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że wbrew stanowisku odwoływającego zamawiający nie traktował go inaczej niż wykonawcę DELTA przy wzywaniu do wyjaśnień. Jedynie wykonawca DELTA zwrócił się do zamawiającego o wydłużenie terminu na składanie wyjaśnień, czego nie zwrócił odwoływający, stąd różnice w dacie składania tych wyjaśnień.

Odwoływający w całości uległ zamawiającemu w niniejszym postępowaniu odwoławczym i dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Izba oddaliła odwołanie i kosztami obciążyła odwoływającego

Sygn. akt KIO 341/20

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 3a ustawy w zw. z art. 65 i art. 66 Kodeksu cywilnego („KC”) przez niezasadne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwoływającego jest niezgodna z ustawą w zakresie o którym mowa

w art. 29 ust. 3a ustawy, podczas gdy hipoteza art. 29 ust. 3a ustawy jest skierowana do

zamawiającego, a nie wykonawcy i kreuje obowiązek wymagania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, a tym samym przepis ten nie może stanowić samodzielnej

podstawy do odrzucenia oferty oraz ewentualnie przez odrzucenie oferty jako niezgodnej z

ustawą w sytuacji gdy treścią oferty (zobowiązania) wykonawcy zostało objęte zatrudnienie osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z

wymogiem opisanym w pkt XXI SIWZ

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, która jest niezgodna z ustawą. Natomiast przepis art. 29 ust. 3a wskazuje, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi

wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 par 1 Kodeksu pracy. W ocenie Izby przepis art. 29 ust. 3a ustawy nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego w tym znaczeniu, że zamawiający nie ma obowiązku wskazać czynności, dla których wymaga zatrudnienia na umowę o pracę, jeśli ich wykonanie nie polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Możliwa jest zatem sytuacja, w której norma art. 29 ust. 3a ustawy nie będzie miała zastosowania. Przepis ten zatem nie może być bezpośrednią podstawą oceny zgodności oferty z przepisami ustawy. Nie jest to przepis rodzący bezwzględne obowiązki po stronie wykonawcy jak np. przepis art. 82 ust. 1 ustawy zakazujący składania większej niż 1 liczby ofert za wyjątkiem przypadku dopuszczenia ofert wariantowych. Nie jest to także przepis art. 10a ust. 5 ustawy, stanowiący o sposobie sporządzenia oferty pod rygorem nieważności. W ocenie Izby zatem nie można odrzucić oferty jako niezgodnej z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 29 ust. 3a ustawy, gdyż jest to w ocenie Izby wyłącznie możliwe, gdy sam przepis ustawy kreuje obowiązek wykonawcy, jak choćby obowiązek jednoczesnego przedłużenia lub wniesienia nowego wadium wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą. Tym samym zamawiający błędnie zastosował normę art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy i w konsekwencji wadliwie odrzucił ofertę odwołującego DELTA na tej podstawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 65 i art. 66 KC przez niezasadne zastosowanie i przyjęcie, nie na podstawie oferty ale treści wyjaśnień skierowanych w odpowiedzi na wezwanie do dotyczące wyjaśnienia ceny oferty, że oferta odwołującego nie odpowiada treści Istotnych Warunków Zamówienia (pkt XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów) w zakresie obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez odwołującego osób skierowanych do realizacji zamówienia, posiadających odpowiednie szkolenie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy czynnościach usuwania, zabezpieczenia, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu wyrobów zawierających azbest, podczas gdy treścią oferty (zobowiązania) wykonawcy zostało objęte zatrudnienie osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z wymogiem opisanym w pkt XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów, a treści wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wprawdzie podziela pogląd odwołującego Delta, co do tego, że przepis art. 29 ust. 3a ustawy określa obowiązek zamawiającego, a nie wykonawcy, nie zgadza się jednak z tezą, że ten fakt zwalnia wykonawcę z obowiązku dostosowania oferowanego przedmiotu zamówienia do wymagań zamawiającego

wprowadzonych zgodnie z art. 29 ust. 3a. Przepis art. 29 ust. 3a ustawy wskazuje jaki

element opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek zawrzeć w siwz, jeśli wymaga wykonania czynności wpisujących się w zakres czynności odpowiadających stosunkowi pracy. Jeśli takie czynności są niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest wymagać od wykonawców wykonania tych czynności za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę. Tym samym z chwilą określenia przez zamawiającego czynności, których wykonanie wpisuje się w kodeksowe rozumienie stosunku pracy z art. 22 par. 1 KP, to to określenie staje się elementem opisu przedmiotu zamówienia, któremu musi odpowiadać oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia. Inaczej mówiąc zaoferowanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że określone przez zamawiającego czynności będą wykonywane przez osoby na podstawie innych umów niż umowa o pracę będzie stanowiło o sprzeczności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego wpisanymi w opis przedmiotu zamówienia. Tym samym w ocenie Izby nie zaoferowanie wykonania wskazanych w siwz czynności przez osoby zatrudnione na umowę o pracę powoduje, że w odniesieniu do tych czynności wykonawca oferuje inny sposób wykonania zamówienia, niż żądany przez zamawiającego. Należy bowiem pamiętać, że stosunek pracy daje zamawiającemu większą gwarancję trwałości zatrudnienia, a także odpowiedzialności pracodawcy za pracownika, niż na gruncie umów cywilnoprawnych, co oznacza, że zamawiający może być żywotnie zainteresowany w określeniu właśnie takiego sposobu wykonania umowy. Nie można także pominąć aspektu społecznego jaki przyświecał

wprowadzeniu przepisu art. 29 ust. 3a do ustawy, tj. zapobiegania tzw. umowom

śmieciowym.

Izba zatem stoi na stanowisku, że co do zasady niezaoferowanie wykonania zamówienia przez osoby zatrudnione na umowę o pracę przy tych czynnościach, przy których

zamawiający tego wymagał, stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz. Przechodząc do rozważań, co do tego, czy wyjaśnienia ceny rażąco niskiej są oderwane od treści oferty i nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią siwz, to Izba nie podziela tego poglądu odwołującego. Izba przede wszystkim opiera się na literalnym brzmieniu art. 90 ust. 1 ustawy, który wskazuje wprost na powiązanie ceny (kosztu) z możliwością wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Wykonanie zamówienia to nic innego, jak realizacja przedmiotu zamówienia, a zatem kalkulując cenę oferty wykonawca musi wycenić zakup materiałów, pracę sprzętu, koszty osobowe odnosząc je do wymogów postawionych przez zamawiającego. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, że kalkulacja cenowa jest tylko pokazaniem kosztu niezwiązanym z zaoferowanym przedmiotem zamówienia, to w ocenie Izby nigdy nie można byłoby ustalić, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie byłoby punktu odniesienia względem którego należałoby koszt wycenić. Czym innym jest bowiem wycena kosztu pracy przy użyciu narzędzi specjalistycznych, czy specjalnej metody wykonania zamówienia, a czym innym koszt pracy oparty wyłącznie o fizyczną pracę ludzką. Tym samym to przedmiot zamówienia i wymagania postawione przez zamawiającego determinują rodzaje uwzględnianych kosztów jak i ich wysokość np. w sytuacji, gdy zamawiający wymaga wysokowykwalifikowanej czy bardzo doświadczonej kadry, której koszt jest odmienny od kosztu osoby wykonującej proste prace fizyczne nie wymagające wykształcenia, czy doświadczenia. Izba zatem wyraża przekonanie, że zadeklarowanie sposobu wykonania zamówienia wyłącznie za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia w sytuacji, gdy zamawiający dla pewnych czynności wymagał zatrudnienia umowy o pracę nie pozwala na uznanie, że wykonawca wycenił możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W przedmiotowej sprawie odwołujący DELTA nie wykazał, że przy wycenie oferty w ogóle uwzględnił zatrudnienie na podstawie umowy o pracę - nie wynika to z treści złożonych przez niego wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Tym samym w ocenie Izby odwołujący DELTA wycenił przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Rację należy w tym miejscu przyznać przystępującemu Środowisko i Innowacje, że oświadczenia ogólne o zgodności treści oferty z treścią siwz, czy zaakceptowaniu umowy nie mogą stanowić podstawy do odstąpienia od oceny czy treść oferty rzeczywiście odpowiada treści siwz. W ocenie Izby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako prezentacja sposobu dojścia do ceny ofertowej stanowią podstawę do ustalenia, czy to co skalkulował wykonawca jest zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym w sytuacji rozbieżności pomiędzy ogólnym oświadczeniem z formularza ofertowego, a szczegółowym wskazaniem jakie elementy i za ile wykonawca skalkulował jak ofertę zgodną z przedmiotem zamówienia, nie mogą być interpretowane na korzyść wykonawcy. Obrona odwołującego DELTA oparta o fakt, że zamawiający nie wymagał jeszcze złożenia wykazu osób mogła by być w ocenie Izby skuteczna tylko w jednym przypadku, gdyby z treści wyjaśnień wynikało, że odwołujący skalkulował koszty osobowe osób zatrudnionych na umowę o pracę i koszty osobowe osób zatrudnionych na umowę zlecenia, ale taka okoliczność nie wynika ze złożonych wyjaśnień. Tym samym zarówno zezwolenie wykonawcy na złożenie wykazu osób zmierzającego do zaprzeczenia oświadczeniom złożonym w wyjaśnieniu ceny ofertowej jak i wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w ocenie Izby prowadziłyby do zmiany sposobu wykonania zamówienia, wynikającego z wyjaśnień ceny rażąco niskiej, a w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Mając to na uwadze Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego Delta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego ewentualnie przez naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy tj. przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przypadku gdy zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego ws. kalkulacji ceny oferty powziął wątpliwość czy odwołujący treścią oferty objął zobowiązanie do zatrudnienia osób które zamierza skierować do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, zgodnie z wymaganiem opisanym w pkt. XXI SIWZ oraz §14 wzorów umów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w tym zakresie podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i stoi na stanowisku, że umożliwienie odwołującemu złożenia wyjaśnień prowadziłyby w istocie do umożliwienia odwołującemu zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy przez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest skutkiem dokonania przez zamawiającego błędnej oceny oferty odwołującego oraz wyjaśnień odwołującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, błędnego uznania, że odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz błędnego uznania przez zamawiającego, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji błędnym uznaniu, iż oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby przede wszystkim dla rozstrzygnięcia tego zarzutu istotne było uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego DELTA. W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał jedynie, że z powodu nie wycenienia wszystkich elementów oferty (wymaganego zatrudnienia na umowę o pracę) uznał ofertę odwołującego DELTA za rażąco niską. W ocenie Izby jednak takiego wniosku nie da się wprost wyprowadzić. Sam fakt wyboru danego rodzaju zatrudnienia może generować różne koszty po stronie pracodawcy, w szczególności w zależności od wieku pracownika, czy objęcia innym tytułem ubezpieczenia przy umowie zlecenia. Jednakże zamawiający w żaden sposób nawet nie podjął próby wykazania, że wykonawca kalkulując swoją ofertę w oparciu o umowę zlecenia nie skalkulował wszystkich wymaganych kosztów i złożona przez niego oferta tych kosztów nie pokrywa nie gwarantując wykonania oferowanego przedmiotu. Tym samym z uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego nie sposób ocenić na jakiej podstawie zamawiający doszedł do przekonania, że złożona oferta oferuje przedmiot, którego nie można wykonać za wskazane w ofercie wynagrodzenie. Izba celowo w tym miejscu odnosi się do przedmiotu oferty, a nie przedmiotu zamówienia, gdyż w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu odwołujący DELTA wycenił inny przedmiot niż wymagany przez zamawiającego, tj. wycenił przedmiot usunięcia wyrobów i odpadów zawierających azbest, ale przy użyciu zleceniobiorców, a nie pracowników. Natomiast zamawiający nie wykazał, że tak wyceniony przedmiot oferty zawiera cenę rażąco niską. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera cenę rażąco niską, ale zamawiający odrzucając taką ofertę musi uzasadnić dlaczego do takiego przekonania doszedł. Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania, że koszty umów zlecenia są niższe od kosztów umów o pracę i nie podjął próby ustalenia, że różnica ta powoduje, że wykonawca nie tylko nie osiągnie wykazanego zysku, ale poniesie stratę. Tym samym w ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego nie wykazało, że zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego jako potwierdzające, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną. Z tego względu zarzut należało uznać za zasady.

Izba na mocy art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie w sytuacji, gdy uzna, że stwierdzone naruszenie ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła dwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 29 ust. 3 a ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez ich zastosowanie w sytuacji, gdy w ocenie Izby nie istniały podstawy do ich zastosowania. Natomiast Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący DELTA został odrzucony na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co do której to czynności Izba uznała, że odpowiada ona prawu. W konsekwencji oferta odwołującego DELTA na skutek przedmiotowego rozstrzygnięcia nie będzie miała wpływu na wynik postępowania, gdyż nadal pozostanie ofertą zasadnie odrzuconą. Z tego względu należało uznać, że odwołanie podlegało w całości oddaleniu i nie było podstaw do przyjęcia podziału odpowiedzialności za wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1,2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4 rozporządzenia W całości zatem kosztami należało odwołujących zaliczając uiszczone przez nich wpisy od odwołania, gdyż zamawiający i sprzeciwiający się Środowisko i Innowacje nie zgłosili wniosku o zasądzenie kosztów.

Przewodniczący:

