

WYROK
z dnia 13 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **L. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „L.” L. M., K. S. Sp. z o.o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi Białostockie Sp. z o.o., (...)**,

przy udziale wykonawcy **Z P. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 1.2 powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Z P. Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wodociągi Białostockie Sp. z o.o., (...), i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **L. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „L.” L. M., K. S. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Wodociągi Białostockie Sp. z o.o., (...)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **L. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPUH „L.” L. M., K. S. Sp. z o.o., (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku.**

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Wodociągi Białostockie Sp. z o.o. z siedzibą w B. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę odbioru, transportu, przetworzenia odwodnionych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z komunalnej oczyszczalni ścieków w B. w ilości 50 000 Mg”. Zamówienie

zostało podzielone na 4 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2017 r. pod poz. 2017/S 052-097267.

Zamawiający w dniu 18 maja 2017r. przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu postępowania w zadaniu IV. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez wykonawcę Z. P. Sp. z o.o. z siedzibą w O., (zwanego dalej „Z. P.”). Oferta złożona przez Konsorcjum D. Sp. z o.o. Z. G. O. M. Sp. z o.o. (zwanego dalej „Konsorcjum D. ”) została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Konsorcjum: PPUH „L.” L. M., K. S. Sp. z o.o. z siedzibą w B., którego oferta uzyskała trzecią pozycję w rankingu ofert wniosło odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Z. P.,
- 2) zaniechania sprawdzenia złożonych ofert pod kątem spełnienia warunku zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem z zachowaniem zasady bliskości określonej w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987),
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy Z. P. oraz Konsorcjum D. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie ceny z uwagi na zastosowanie przez wykonawców rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy: Z. P. i Konsorcjum D. jako nieważnych na podstawie odrębnych przepisów tj. art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zawierających rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił naruszenie: art 22 ust. 1, art. 24aa, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Z. P. jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia ofert złożonych przez Z. P. oraz Konsorcjum D. jako nieważnych na podstawie przepisów szczególnych - art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Z. P. oraz oferty Konsorcjum D. jako zawierających rażąco niską cenę,
- ewentualnie - wezwania ww. wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w zakresie ceny,
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert zgodnie z przepisami Pzp i ustawy o odpadach i

3

uznanie za najkorzystniejszą - ofertę Odwołującego,

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp oraz art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach interes Odwołującego doznał uszczerbku. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy o odpadach i wyrażoną w nich zasadą bliskości oraz przepisami Pzp, to powinien odrzucić oferty pozostałych wykonawców i dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zadaniu IV jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Z. P. z ceną 1.560.000,00 zł netto + 8% VAT = 1.684.000,00 zł brutto (78,00 zł netto Mg). Oferta Odwołującego jest na trzecim miejscu pod względem wysokości ceny: 2,080.000,00 zł netto+ 8% VAT = 2.246.400,00 zł brutto (104,00 netto Mg).

W toku postępowania Zamawiający zażądał od wykonawcy Z. P. przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym złożenia decyzji administracyjnych zezwalających prowadzenie działalności w zakresie zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem w ramach zadania IV.

Wykonawca Z. P. przedłożył:

- decyzję Starosty P. z dnia 14 marca 2014 r. nr 34/2014 znak OS.6233.4.2014, która zezwała na przetwarzanie odpadu o kodzie 19 08 05 w ilości 9 200 Mg rocznie na działce o nr geodezyjnym 194/15 w obrębie B., gmina S.

- decyzję Starosty O. z dnia 04.03.2014 r. znak RLŚ.6233.2.2014, zmienioną decyzją z dnia 11.12.2015 r. znak RLŚ.6233.38.2015 zezwalającą na przetwarzania odpadu o kodzie 19 08 05 w ilości 25 920 Mg rocznie na działce nr 3/4 w miejscowości G. gmina G.

Zamawiający nie występował do innych wykonawców o wskazanie miejsca zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem. Nie wystąpił również do wykonawcy Z. P. o wyjaśnienie, choć zaoferowana przez wykonawcę cena tj. 78 zł netto za zagospodarowanie Mg odpadu jest o prawie 30% niższa od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia (111 zł netto), a biorąc pod uwagę odległość

pomiędzy miejscem odbioru odpadów od Zamawiającego do wskazanych przez wykonawcę miejsc zagospodarowania odpadów - cena podana przez wykonawcę Z. P. Sp. z o.o. może nie pokryć nawet kosztów transportu odpadów.

Zarzut naruszenia zasady bliskości — art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach:

Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach, odpady z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Ustęp 2 tego artykułu 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

4

ustawy z dnia 27 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.

Przepisy ustawy o odpadach statuuje zasadę bliskości stanowią przepisy szczególne w stosunku do Pzp i wiążą Zamawiającego. Pomimo zastosowania tzw. „procedury odwróconej” Zamawiający obowiązany jest w przetargach dotyczących zagospodarowania odpadów zbadać, w jakiej instalacji będą przetwarzane przekazywane przez niego odpady i czy instalacja ta spełnia zasadę bliskości (odległość, najlepsza dostępna technika, faktyczna możliwość odzysku odpadów - czyli wolne moce przerobowe). Dopiero po zbadaniu ofert pod takim kątem Zamawiający mógłby podjąć decyzję o ewentualnym odrzuceniu ofert nie spełniających warunku zasady bliskości. Bez poczynienia takich ustaleń wybór oferty Z. P. jest przynajmniej przedwczesny i nieuzasadniony.

Odwolujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 27 czerwca 2011 roku, o sygn. akt KIO 1293/11, wyrok z dnia 15 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1398/11.

Innym aspektem w zasadzie bliskości jest, oprócz miejsca położenia instalacji w której ma nastąpić zagospodarowanie odpadów - wolne moce przerobowe, tj. faktyczna możliwość przetworzenia odpadów - w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał zbadania również tego elementu.

W orzeczeniach KIO podkreśla się, że bez znaczenia pozostaje fakt, że jedynym kryterium oceny ofert była cena. Przy wyborze instalacji do zagospodarowania odpadów określonych w SIWZ nie mogą być brane pod uwagę wyłącznie przesłanki ekonomiczne. Ponadto, przepisy ustawy o odpadach statuuje zasadę bliskości mają charakter bezwzględnie obowiązujący i Zamawiający nie może uchylić się od ich stosowania, co zostało potwierdzone m.in. w orzecznictwie jeszcze Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-151/06, UZP/ZO/0-451/06, UZP/ZO/O- 883/06, UZP/ZO/O- 1655/06). Stanowisko to potwierdza również wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 122/11) Za godny przytoczenia uznać należy też wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.06.2006 r. (sygn. akt; UZP/ZO/0-1723/06): a także wyrok KIO /UZP 343/11 z dnia 02.03.2011 r. podkreślający wagę zasady bliskości oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych - Departament Prawny, 14 Warszawa, z dnia 19.12.2007 r. UZP/DP/O-JDU/157047/30030/07, zgodnie z którą oferta naruszająca zasadę bliskości powinna być odrzucona.

Obowiązek stosowania przy wyborze najkorzystniejszej oferty zasady bliskości w całości potwierdzają również orzeczenia KIO, które zapadły na gruncie nowej ustawy o odpadach z 14 grudnia 2012 r. m.in. wyrok z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 173/15.

Wskazane przez wykonawcę Z. P. miejsca zagospodarowania odpadów są oddalone od miejsca wytwarzania odpadów objętych zamówieniem:

5

- o 300 km - miejscowość G.

- o 415 km - miejscowość B.

Odwolujący ma możliwość dokonania odzysku odpadów objętych zamówieniem w tym samym procesie odzysku R3 w miejscowości K., która oddalona jest od miejsca wytwarzania odpadów o około 90 km, na dowód czego załączył decyzję Starosty H. z dnia 21.07.2016 r. znak OS.6233.2.2016.EC zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie 19 08 05.

Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że również oferta Konsorcjum D. nie spełnia warunków SIWZ i narusza zasadę bliskości, a oferowane przez Odwołującego miejsce zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem położone jest najbliższym miejscu

wytwarzania odpadów z pośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców w ramach zadania IV.

Z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego zbadania realizacji zasady bliskości, konieczne jest uchylene czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie powtórzenia oceny ofert po uprzednim zbadaniu przez Zamawiającego, które oferty realizują zasadę bliskości, z uwzględnieniem też mocy przerobowych poszczególnych instalacji i ich ewentualnego już wykorzystania.

Zarzut rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 111,00 zł netto, czyli 119,88 zł brutto za jeden Mg odpadów.

Wykonawca Z. P. zaoferował cenę 78 zł netto, tj. 84,24 zł brutto za Mg odpadów, co stanowi około 70 % przyjętej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Jakkolwiek ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny, to nie ulega wątpliwości, że w chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT.

Zważywszy 30% różnicę w cenie oferowanej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a wartością zamówienia, Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodu zaproponowania tak niskiej ceny.

Dodatkowo cena oferowana przez wykonawcę Z. P. nosi znamiona rażąco niskiej - przedmiotowe zamówienie obejmuje nie tylko usługę zagospodarowania odpadów, ale również ich transport przez wykonawcę z miejsca wytworzenia do miejsca zagospodarowania oraz załadunek odpadów na środki transportowe. Wskazane przez wykonawcę Z. P. miejsca zagospodarowania odpadów są oddalone od miejsca wytwarzania odpadów objętych zamówieniem:

- 300 km - miejscowość G.
- 415 km — miejscowość B.

6

Z uwagi na wielkość zamówienia w zadaniu IV - 20 000 Mg i w zadaniu I, w którym oferta tegoż wykonawcy również została uznana za najkorzystniejszą (10 000 Mg) oraz posiadane decyzje zezwalające na przetwarzanie odpadów, przyjęć należy, że część odpadów będzie przetwarzana w G., zaś część trafi do B.

Odwołujący zwrócił się do firm transportowych, które oferują usługę transportu odpadu objętego zamówieniem i z przedstawionych ofert wynika, że minimalny koszt transportu odpadów o kodzie 19 08 05 wynosi 3 zł netto za km (oferta firmy T.-K." U. t. i d. J. z S. - w załączeniu). Druga oferta opiewa na kwotę 4 zł netto za 1 km (K. P. J. z H. - w załączeniu). Z przedstawionych ofert wynika, że minimalny koszt transportu odpadów objętych zamówienia wynosi:

- na trasie B. – G. - 72 zł netto +23 % VAT = 88, 56 zł brutto za Mg
- na trasie B. – B. - 99,60 zł +23% VAT = 122,51 zł brutto za Mg.

Oferta wykonawcy Z. P. zawiera cenę 78 zł netto, czyli 84,24 zł brutto, co oznacza, że w przypadku transportu do miejscowości G. - uzyskana przez wykonawcę cena ledwie pokrywa koszty transportu, a w przypadku transportu do miejscowości B. - koszty samego transportu przewyższają cenę. Trzeba pamiętać, że usługa obejmuje jeszcze koszt załadunku odpadów, a przede wszystkim koszt ich zagospodarowania, których wykonawca nie będzie w stanie pokryć z ceny uzyskanej w ramach zamówienia.

Przytoczone okoliczności jednoznacznie wskazują na to, że cena oferowana przez wykonawcę Z. P. nosi znamiona rażąco niskiej i Zamawiający zobligowany był wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w zakresie oferowanej ceny za wykonanie usługi objętej zamówieniem.

Odwołujący wskazał, że analogiczne uwagi zgłasza do oferty Konsorcjum D. - oferowana cena jest o prawie 20% niższa od wartości zamówienia, co również wskazuje na to, że jest ona rażąco niska.

Wykonawca Z. P. Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 12 czerwca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie.

Wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania wykonawcy Z. P. oraz Konsorcjum D. do wyjaśnienia wysokości ceny oferty oraz zarzutu zaniechania odrzucenia ww. ofert jako zawierających rażąco niskie ceny Zamawiający wyjaśnił, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zadaniu IV kwotę 2 397 600,00 zł (brutto). Wykonawca Z. P. zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 684 800,00 zł (brutto), tj.

7

78,00 zł/Mg. Wartość ta nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia, tym bardziej cena ofert Konsorcjum D., która jest droższa – również nie przekracza ww. progu stanowiącego, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, jedna z przesłanek do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Powyższe dwie oferty zawierają ceny, które nie są również niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, która to wartość wynosi 1 531 958,4 zł (brutto). Zamawiający nie powziął również wątpliwości co do wysokości cen ww. ofert, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, na rynku przetwarzania komunalnych odpadów osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 panuje silna konkurencja, co powoduje obniżanie cen za ww. usługi. Wykonawca Z. P. złożył ofertę na cztery zadania, co oznacza odbiór hurtowy, a to ma istotny wpływ na wysokość ceny. Ponadto wykonawca zamierza wykonać zamówienie samodzielnie, gdyż posiada obie decyzje: na transport i przetwarzanie odpadów. Zdaniem Zamawiającego wszystkie ceny zaoferowane w zadaniu IV są zbliżone i realistyczne.

W zakresie zarzutu zaniechania sprawdzenia złożonych przez wykonawców ofert pod kątem spełnienia warunku zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem z zachowaniem zasady bliskości, określonej w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 1987) oraz zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy Z. P. i Konsorcjum D. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 Pzp, Zamawiający powołał się na postanowienia SIWZ w pkt 3.1, w którym, wskazując na treść art. 96 ust. 1 pkt 1-3 ustawy o odpadach, dopuścił „inne sposoby postępowania z komunalnymi odpadami ściekowymi z tym, że w przypadku stosowania komunalnych osadów ściekowych obowiązuje zasada bliskości”, pkt 6.4., w którym określił warunki udziału w postępowaniu, w tym odpowiednie zezwolenia na transport i przetwarzanie odpadów, pkt 7.14, w którym wskazał wymagane dokumenty w zakresie ww. warunków udziału, pkt 14.1 w którym zapowiedział prowadzenie postępowania w ramach tzw. Procedury odwróconej w myśl art. 24aa Pzp. Ponadto, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców w pkt 9 formularza oferty złożenia oświadczenia, że dysponuje zasobami wynikającymi z posiadanych decyzji na odzysk lub unieszkodliwianie osadów ściekowych celem realizacji umowy dla każdej stosowanej metody. W tym załączniku wykonawcy mieli podać odpowiednio w ramach każdego zadania metodę odzysku (wg. wykazu procesów odzysku z ustawy o odpadach albo metodę unieszkodliwiania (wg. Wykazu procesów unieszkodliwiania z ww. ustawy). W §2 ust. 7 Zamawiający postanowił, że „dopuszcza inne sposoby postępowania z komunalnymi osadami ściekowymi z tym, że w przypadku stosowania komunalnych osadów ściekowych (dot. art. 96 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o odpadach) obowiązuje zasada bliskości. Na podstawie powyższych zapisów, które nie były kwestionowane przez wykonawców, Zamawiający dokonał badania i oceny ofert i stwierdził, że wszyscy wykonawcy złożyli oferty na odzysk odpadów metoda R3 i potwierdzili faktyczną możliwość przetwarzania odpadów w pkt 9 formularza oferty. Po zbadaniu ofert Zamawiający

8

wezwał wykonawcę Z. P. do złożenia dokumentów wymaganych w SIWZ. Z przedłożonych dokumentów (w tym decyzji nr RLŚ.6233.38.2014 z dnia 4 marca 2014 r. wraz ze zmianami oraz OŚ.6233.4.2014 z dnia 14 marca 2014 r. wraz ze zmianami, jednoznacznie wynika, że technologia zastosowana do przetwarzania osadów klasyfikuje sposób oferowanego odzysku na recykling. Kompostowanie, które zaoferowała firma Z. P. jest recyklingiem organicznym, który plasuje ten sposób odzysku w hierarchii postępowania z odpadami i stawia ofertę wybranego wykonawcy wyżej aniżeli oferty pozostałych wykonawców. Z informacji zawartych w złożonych decyzjach wynika, że w efekcie prowadzonego procesu wykonawca uzyskuje środek poprawiający właściwości gleby, a nawet dysponuje decyzjami Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi zezwalającymi na wprowadzenie do obrotu organicznego środka poprawiającego właściwości gleby pn. PROEma-1 i PROEma-2.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący nie wykazał w jakim zakresie treść oferty wykonawcy Z. P. nie odpowiada treści SIWZ, a także nie wskazał przepisów odrębnych, na podstawie których oferta tego wykonawcy jest nieważna.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Z. P. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp. Izba wzięła pod uwagę przy tym, że Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie, że cofa zarzuty naruszenia przepisów art 22 ust. 1 oraz art. 24aa Pzp, które zostały zawarte w odwołaniu bez szczegółowego uzasadnienia faktycznego. W powyższym zakresie zarzuty nie podlegały zatem rozpoznaniu.

9

W przedmiotowym zamówieniu w Zadaniu IV została wybrana jako najkorzystniejsza - oferta złożona przez wykonawcę Z. P. z ceną 1.684.000,00 zł brutto (78,00 zł netto Mg). Na tę część zamówienia zostało złożonych pięć ofert. Oferta złożona przez Konsorcjum D. zawiera cenę 1 965 600,00 zł brutto (91,00 zł netto Mg). Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu z ceną - 2.246.400,00 zł brutto (104,00 zł netto Mg).

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 111,00 zł netto za 1 Mg, czyli 119,88 zł brutto za 1 Mg odpadów.

Stosownie do tzw. procedury odwróconej, przewidzianej w treści SIWZ, wynikającej z art. 24aa Pzp, Zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie wezwał wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, tj. wykonawcę Z. P., do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wezwał m.in. do przedłożenia decyzji administracyjnych zezwalających na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów objętych zamówieniem w ramach Zadania IV. Zamawiający nie występował do wszystkich wykonawców o przedłożenie stosownych decyzji w zakresie posiadania zezwoleń na transport i przetwarzanie odpadów, z treści których mogłoby wynikać miejsce zagospodarowywania odpadów przez poszczególnych wykonawców. Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie miejsca zagospodarowania przez wykonawców odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca Z. P. na ww. wezwanie przedłożył Zamawiającemu:

- decyzję Starosty P. z dnia 14 marca 2014 r. nr 34/2014 znak OS.6233.4.2014 – zezwalającą na przetwarzanie odpadu o kodzie 19 08 05 w ilości 9 200 Mg rocznie na działce o nr geodezyjnym 194/15 w obrębie miejscowości B. na terenie gminy S.,

- decyzję Starosty O. z dnia 04.03.2014 r. znak RLŚ.6233.2.2014, zmienioną decyzją z dnia 11.12.2015 r. znak RLŚ.6233.38.2015 - zezwalającą na przetwarzania odpadu o kodzie 19 08 05 w ilości 25 920 Mg rocznie na działce nr 3/4 w miejscowości G. na terenie gminy G.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Z. P. oraz Konsorcjum D. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny z uwagi na zastosowanie przez wykonawców rażąco niskiej ceny i zaniechania odrzucenia tych ofert, jako zawierających rażąco niską cenę - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca Z. P. zaoferował cenę 78 zł netto, tj. 84,24 zł brutto za Mg odpadów, co stanowi niewiele ponad 70 % przyjętej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Cena zaoferowana przez Konsorcjum D. jest niższa o blisko 20% od wartości przedmiotu

Z uwagi zatem na brak wypełnienia się przesłanek określonych w art. 90 ust. 1aa Pzp Zamawiający nie wzywał wykonawców Z. P. oraz Konsorcjum D. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wyjaśnił także nie powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny przez ww. wykonawców w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, tj. wobec braku uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1aa Pzp, Izba uznała za przedwczesny zarzut zaniechania odrzucenia ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zarówno w odniesieniu do oferty wykonawcy Z. P., jak i oferty Konsorcjum D.

W świetle aktualnego orzecznictwa KIO odrzucenie oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, nie może nastąpić przed umożliwieniem wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

Izba nie podziela stanowiska Odwoływającego, że w chwili oceny ofert jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. W świetle orzecznictwa i doktryny nie budzi wątpliwości fakt, że stosowanie wskaźników arytmetycznych przy badaniu ceny oferty nie jest wystarczające do stwierdzenia, czy cena oferty jest rażąco niska. Konieczne jest dokonanie szczegółowej oceny kalkulacji ceny danej oferty w świetle warunków realizacji zamówienia dostępnych danemu wykonawcy. Wystąpienie przesłanek arytmetycznych określonych w art. 90 ust. 1aa Pzp w odniesieniu do danej oferty stanowi jedynie uzasadnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a nie do uznania, że cena oferty jest rażąco niska.

Co do zaniechania wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że zarzut potwierdził się w stosunku do oferty wykonawcy Z. P., natomiast w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum D. Odwoływający nie wykazał zaistnienia okoliczności uzasadniających takie wezwanie.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Z. P. Odwoływający wskazał, że koszty transportu odpadów z miejsca wytworzenia do miejsca zagospodarowania oraz koszty załadunku odpadów na środki transportowe stanowią istotny element przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że wskazane przez wykonawcę Z. P. miejsca zagospodarowania odpadów są znacznie oddalone od miejsca wytwarzania odpadów objętych zamówieniem (ok. 300 km do miejscowości G. oraz ok. 400 km do miejscowości B.), koszt ten może mieć istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty. Odwoływający przedstawił na potwierdzenie powyższego oferty firm transportowych na usługę transportu odpadu objętego zamówieniem, z których wynika, że minimalny koszt transportu odpadów o kodzie 19 08 05 wynosi 3 i 4 zł netto za km (oferta firmy T.-K." U. t. i d. J. J. z S. oraz oferta K. P. J. z H.). W oparciu o te ceny Odwoływający przedstawił wyliczenia, z których wynika, że minimalny koszt transportu odpadów objętych zamówienia wynosi:

- na trasie B. – G. - 88, 56 zł brutto za Mg

11

- na trasie B. – B. - 122,51 zł brutto za Mg.

W przypadku zatem oferty wykonawcy Z. P. zaoferowana cena zaledwie pokrywa rynkowe koszty transportu odpadów do miejscowości G., a w przypadku transportu do miejscowości B. – rynkowe koszty transportu przewyższają nawet cenę oferty. Nie budzi wątpliwości fakt, że koszt realizacji zamówienia obejmuje dodatkowo inne koszty, jak koszty załadunku odpadów oraz ich zagospodarowania.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do wysokości ceny oferty Z. P. w zakresie możliwości pokrycia kosztów realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a zatem powinien był wystąpić do wykonawcy Z. P. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie twierdzenie Odwoływającego, że zaoferowana przez wykonawcę Z. P. cena, „może nie pokryć nawet kosztów transportu odpadów” nie dowodzi faktu, że cena oferty jest rażąco niska, lecz uzasadnia jedynie wezwanie wykonawcy Z. P. do złożenia wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę, że Odwoływający nie wykazał uzasadnionych wątpliwości co do

rażącego charakteru ceny oferty Konsorcjum D., Izba uznała zarzut zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp za nieuzasadniony.

Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący w toku prowadzonego postępowania nie zapoznał się z treścią tej oferty, a ponadto ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie przedstawił argumentacji na poparcie tego zarzutu, opierając się jedynie na przypuszczeniach np. co do odległości miejsca przetwarzania odpadów przez tego wykonawcę od miejsca wytwarzania odpadów. Nie sposób uznać, że podniesiony przez Odwołującego jedyny argument, że cena tej oferty jest o prawie 20% niższa od wartości zamówienia, stanowi dowód na to, że cena tej oferty jest rażąco niska lub że wystąpiły wątpliwości obciążające Zamawiającego do żądania od Konsorcjum D. wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny.

Zarzut zaniechania sprawdzenia złożonych ofert pod kątem spełnienia warunku zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem z zachowaniem zasady bliskości określonej w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987) oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy: Z. P. i oferty Konsorcjum D., jako nieważnych na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987), odpady z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania

12

z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Ustęp 2 tego artykułu 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 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska, 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 ograniczenie 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. Ust. 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.

Przepis art. 143 ww. ustawy ust. 1 wskazuje, że technologia stosowana w nowo uruchamianych lub zmienianych w sposób istotny instalacjach i urządzeniach powinna spełniać wymagania, przy których określeniu 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 małodpadowych 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.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobowiązany zarówno do stosowania przepisów ustawy Pzp, jak i innych przepisów powszechnie obowiązujących. Nie ulega wątpliwości, że przy realizowaniu zadań dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów przepisy ustawy o odpadach statuujące zasadę bliskości wiążą Zamawiającego, zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987). Zamawiający powinien zawrzeć w SIWZ stosowne postanowienia umożliwiające ustalenie okoliczności istotnych z punktu widzenia zachowania zasady bliskości przy udzielaniu zamówienia z poszanowaniem przepisów tej ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastrzegł w pkt 3.1 SIWZ, że komunalne osady ściekowe będące przedmiotem zamówienia nie mogą być stosowane

do odzysku w trybie art. 96 ust. 1 pkt 1,2,3 ustawy o odpadach, tj. w rolnictwie, rozumianym jako uprawa płodów rolnych, do uprawy roślin przeznaczonych do produkcji kompostu, do uprawy roślin nieprzeznaczonych do spożycia i do produkcji pasz. Zamawiający dopuścił przy tym „inne sposoby postępowania z komunalnymi osadami ściekowymi z tym, że w przypadku stosowania komunalnych osadów ściekowych obowiązuje zasada bliskości.” Powyższe postanowienia zostały powtórzone w § 2 ust. 8 Wzoru umowy.

Zamawiający nie wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie miejsc, w których wykonawca będzie przetwarzał odpady. Miejsca te mogły być zatem ustalone przez Zamawiającego dopiero w oparciu o dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została sklasyfikowana najwyżej, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że na etapie formułowania i wyjaśniania treści SIWZ żaden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie zaskarżył wskazanych powyżej postanowień SIWZ w ramach środków ochrony prawnej.

Zamawiający dokonał badania ofert pod kątem przesłanek skutkujących odrzuceniem ofert. Następnie, po stwierdzeniu, że żadna oferta nie podlega odrzuceniu, dokonał badania ofert pod kątem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, określonej w art. 17 ustawy o odpadach, zgodnie z którym „Wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawania odpadów, 2) przygotowanie do ponownego użycia, 3) recykling, 4) inne procesy odzysku, 5) unieszkodliwianie.” Zamawiający stwierdził w oparciu o treść ofert, że wszystkie oferty złożone w Zadaniu IV przewidują odzysk odpadów metodą R3, tj. „Recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki (włączając kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania)”.

W oparciu o postanowienie pkt 9 Formularza ofertowego Zamawiający ustalił także, że wszyscy wykonawcy potwierdzili w swoich ofertach, że posiadają faktyczne możliwości przetwarzania odpadów wynikające z posiadanych decyzji na odzysk osadów ściekowych na potrzeby realizacji umowy dla metody odzysku R3. Podnosząc zarzut zaniechania zbadania możliwości przetwarzania odpadów przez wykonawców, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że wykonawca Z. P. lub Konsorcjum D. lub inny wykonawca nie posiada możliwości przetworzenia odpadów w ilościach objętych przedmiotowym

IV – 20 tys. Izbą nie zatem postępowaniem (Zadanie Mg). stwierdziła w ustalonym stanie faktycznym zaniechania przez Zamawiającego dokonania badania realizacji zasady bliskości, z uwzględnieniem mocy przerobowych poszczególnych instalacji.

Zgodnie z zasadą bliskości, odzysk lub unieszkodliwienie odpadów należy przeprowadzić w miejscu możliwie najbliższym do miejsca powstania tych odpadów. Przy ustalaniu takiego miejsca należy jednak brać pod uwagę w pierwszej kolejności - 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.

W oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę Z. P. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający ustalił, że ww. wykonawca posiada technologię zastosowaną do przetwarzania osadów, która klasyfikuje sposób oferowanego odzysku na recykling. Jak wyjaśnił Zamawiający, w procesie recyklingu odpad (efekt jego przetworzenia) staje się produktem. Kompostowanie odpadów, które zaoferowała firma Z. P. jest recyklingiem organicznym, który plasuje ten sposób odzysku w hierarchii postępowania z odpadami wyżej niż w przypadku pozostałych wykonawców. W wyniku recyklingu powstaje środek poprawiający właściwości gleby, który posiada zezwolenie na wprowadzenie do obrotu pn. PROEma-1 i PROEma-2. Powyższe wynika z treści decyzji Starosty O. nr RLŚ. 6233.2.2014 z dnia 4 marca 2014 r., ze zmianą z dnia 5 maja 2014 r., 16 stycznia 2015 r. i 11 grudnia 2015 r. oraz decyzji z dnia 14 marca 2014 r. Starosty P. nr 34/2014 ze zmianą z 20 listopada 2014 r., 11 sierpnia 2015 r. i 26 stycznia 2016 r. Zgodnie z obowiązującym prawem, odpad 190606 dotyczy „przefermentowanych odpadów z beztlenowego rozkładu odpadów zwierzęcych i roślinnych”. W art. 2 pkt 6c ustawy o odpadach określa się, że „Przepisów ustawy nie stosuje się do (...) innych, niebędących niebezpiecznymi, naturalnych substancji pochodzących z produkcji rolniczej lub leśnej wykorzystywanej w rolnictwie, leśnictwie lub do produkcji energii z takiej

biomasy za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi.” Ponadto definicja odpadu: „każda substancja lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany”, pozwala traktować taką substancję jako odpad bądź jako produkt uboczny, podlegający obrotowi handlowemu. Może być on zatem poddany procesowi unieszkodliwienia albo procesowi odzysku. Jako odzysk, zgodnie z art. 2. u. 1 pkt. 14 ustawy o odpadach, rozumie się „jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym wypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarstwie.”

Możliwości odzysku odpadów wylistowano w załączniku nr 1 do ustawy o odpadach. W przypadku produktu, o którym mowa w decyzji Starosty O. nr RLŚ. 6233.2.2014 z dnia 4 marca 2014 r., ze zmianą z dnia 5 maja 2014 r., 16 stycznia 2015 r. i 11 grudnia 2015 r. wskazana metoda odzysku możliwa do zastosowania w przypadku substancji powstającej w wyniku przetworzenia odpadu - to proces R10 – „obróbka na powierzchni ziemi przynosząca korzyści dla rolnictwa lub poprawę stanu środowiska”, czyli wykorzystanie powstałego produktu jako substytutu nawozu, co świadczy o metodzie recyklingu organicznego, która jest klasyfikowana najwyższej.

15

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał badania oferty wykonawcy Z. P. z uwzględnieniem reguł, określonych w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach oraz przewidzianych w SIWZ w odniesieniu do zasady bliskości. Zamawiający dokonał wyboru oferty Z. P. jako najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę najlepszą dostępną technikę, faktyczną możliwość odzysku odpadów - czyli wolne moce przerobowe oraz odległość od miejsca wytworzenia odpadów, tj. uwzględniając okoliczności istotne w ramach zasady bliskości. Fizyczna odległość miejsca przetwarzania odpadów od miejsca ich wytworzenia ma znaczenie drugorzędne w przypadku, gdy odpady są przetwarzane w sposób, który w hierarchii postępowania z odpadami jest sklasyfikowany w ww. ustawie najwyższej z pośród wszystkich złożonych ofert. Dostrzeżenia wymaga przy tym fakt, że Odwołujący nie przedstawił jednocześnie dowodów na okoliczność, że inny wykonawca w Zadaniu IV stosuje metodę przetwarzania odpadów na wskazanym wyżej poziomie.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że w odniesieniu do oferty Konsorcjum D. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że oferta Konsorcjum D. nie spełnia warunków SIWZ lub narusza zasadę bliskości.

W danym stanie faktycznym nie można podzielić także stanowiska Odwołującego, że w niniejszej sprawie oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, który statuuje obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Ustawa o odpadach, w tym wskazywany przez Odwołującego przepis art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, nie zawiera norm prawnych, które stanowiłyby o nieważności oferty, w której zaoferowano świadczenie usługi zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia w miejscach dostępnych wybranemu wykonawcy położonych w określonej odległości od miejsca wytworzenia odpadów. Z przepisu art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach nie wynika bezwzględny zakaz przewożenia odpadów stanowiących przedmiot zamówienia do miejsca przetwarzania odpadów położonego w określonej odległości od miejsca ich wytworzenia. Odległość tę bierze się pod uwagę z uprzednim uwzględnieniem hierarchii technologii i technik unieszkodliwiania odpadów, określonych w ustawie. Nie można zatem uznać, że tego rodzaju oferta jest sama w sobie dotknięta nieważnością w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jak wskazano powyżej, na gruncie ustawy o odpadach, brak jest ku temu podstaw prawnych. Powyższa ocena koresponduje z poglądami zawartymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – przykładowo w wyroku z dnia 10 października 2011 r., sygn. akt KIO 2094/11, oraz w wyroku z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1419/11. W uzasadnieniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 669/13, Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, że przepisy prawa nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy o odpadach, a tym samym nie znajduje

16

zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Tożsame stanowisko zawarto również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r. o sygn. akt KIO 933/13.

Ponadto, przyjęcie, że przepis art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wobec tego odstępstwo od jego zastosowania skutkuje nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 § 1 K.c. nie może dotyczyć oferty, tj. czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli. Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. akt II CSK 553/06 „przepis art. 58 K.c. dotyczy sytuacji, gdy czynność prawna już w chwili rodzenia się była sprzeczna z ustawą i zasadami współzycia społecznego lub miała na celu obejście ustawy”. Ustawa o odpadach nie zakazuje zaferowania instalacji w pewnej odległości od miejsca wytworzenia odpadów lub spoza terenu województwa. Trudno także uznać, by złożenie takiej oferty mogło być w tym przypadku sprzeczne z zasadami współzycia społecznego lub nakierowane na obejście ustawy.

Podsumowując, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy do uznania, że oferta wykonawcy Z. P. lub oferta Konsorcjum D. obarczone są wadą nieważności na podstawie odrębnych przepisów, co skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. W konsekwencji, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się w tym zakresie zaniechań, czym miał naruszyć art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Powyższe oferty nie podlegają także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie wskazał w ramach tego zarzutu postanowień SIWZ, z którymi miałyby być niezgodna treść powyższych ofert.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....