

WYROK
z dnia 9 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **APGG Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe G. G.** (sygn. akt KIO 1629/21),
- 2) wykonawcę **EKO-TRANS Sp. z o.o. z siedzibą w Kamionce** (sygn. akt KIO 1638/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jastków**,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 1629/21

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Gminę Jastków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 949 zł 53 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (349,53 zł).

II. Sygn. akt KIO 1638/21

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez C. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K., z powodu niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 1 i 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – oferty złożonej przez C. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K. oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 200 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście złotych zero groszy)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jastków – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zawarcie umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Jastków. Wartość zamówienia jest

większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 062-157546.

Sygn. akt KIO 1629/21

W dniu 31 maja 2021 r. Konsorcjum: APGG Sp. z o.o., G. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe G. G., wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego Konsorcjum w zakresie części 1 i 2 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 253 ust. 1 pkt 2 oraz w konsekwencji art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez podanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego okoliczności faktycznych i prawnych, które nie mogą stanowić podstawy do uznania ceny oferty za rażąco niską oraz odrzucenie oferty pomimo niewskazania przez Zamawiającego w uzasadnieniu ustawowych znamion ceny rażąco niskiej;
- 2) art. 224 ust. 6, art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 224 ust. 1 art. 223 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w szczególności stwierdzonych przez Zamawiającego wątpliwości dotyczących złożonych wyjaśnień oraz dopuszczenie się w postępowaniu zaniechań i czynności podważających zaufanie co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie części 1 i części 2, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie części 1 i części 2, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w zakresie części 1 i części 2, ewentualnie – nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 10 maja 2021 r. (uszczegółowionym następnie w piśmie z 11 maja 2021 r.) wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty. W piśmie z 13 maja 2021 r. Odwołujący złożył obszernie, szczegółowe i wyczerpujące informacje dotyczące sposobu skalkulowania ceny oferty, z której to kalkulacji jednoznacznie wynika, że cena oferty nie jest rażąco niska, zawiera wszystkie elementy wymagane zgodnie z SWZ oraz uwzględnia wszelkie koszty potrzebne do należytego wykonania zamówienia. W piśmie z 21 maja 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty (w obu częściach) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej decyzji Zamawiający wskazał, że:

- w zakresie części 1: jedna z pozycji wyceny zawartej w formularzu ofertowym (Wystawka – wielkogabaryty o kodzie 200307) jest zaniżona, tj. w ofercie Odwołujący podał cenę jednostkową 540 zł za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 810 zł;
- w zakresie części 2:
 - jedna z pozycji wyceny zawartej w formularzu ofertowym (Wystawka – wielkogabaryty o kodzie 200307) jest zaniżona, tj. w ofercie Odwołujący podał cenę jednostkową 540 zł za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 810 zł;
 - dwie z pozycji wyceny zawarte w formularzu ofertowym (Lampy fluorescencyjne o kodzie 200121* oraz Chemikalia o kodzie 200128) są zaniżone, tj. w ofercie Odwołujący podał cenę jednostkową 864 zł za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 10.800 zł.

Odwołujący stwierdził, że w pozostałym zakresie, Zamawiający nie zakwestionował cen obu części ani też złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. W dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający przedstawił własne rozważania dotyczące cen na rynku odpadów, które nie mają znaczenia w tej sprawie i są całkowicie niemiarodajne dla oceny oferty Odwołującego, a celowość ich zamieszczenia w informacji o wynikach postępowania budzi poważne wątpliwości. Własny pogląd Zamawiającego na to, w jaki sposób powinna zostać skalkulowana cena oferty oraz jakie czynniki cenotwórcze i w jakiej wysokości powinny zostać uwzględnione, z prawnego punktu widzenia jest pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia dla oceny oferty oraz ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że w zakresie części 1 podał cenę jednostkową jednej (z łącznie dziesięciu) z pozycji wyceny zawartej w formularzu ofertowym (Wystawka – poz. 1 wielkogabaryty o kodzie 200307) 540 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 810 zł. Różnica wynosi więc 270 zł brutto. Natomiast ze złożonej przed Odwołującego oferty oraz złożonych wyjaśnień ceny oferty wynikają zasadnicze okoliczności, które Zamawiający pominął w swojej ocenie:

- Wartość tej pozycji wynosi 53.514 zł brutto, podczas gdy cena całej oferty w zakresie części 1 wynosi 2.782.877,04 zł brutto. Oznacza to, że udział wartości zakwestionowanej pozycji jest znikomy i wynosi jedynie ok. 1,9% ceny oferty. Nie sposób więc uznać, że jest to istotna część składowa ceny oferty, o której stanowi art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.
- Stwierdzona przez Zamawiającego „różnica” pomiędzy zaoferowaną ceną jednostkową a kosztem przetworzenia odpadów w instalacji wynosi 270 zł brutto za 1 Mg. Uwzględniając ilość tych odpadów w okresie realizacji zamówienia, tj. 99,100 Mg, różnica wynosi jedynie 26.757 zł brutto, co z kolei stanowi jedynie ok. 0,96% ceny całości oferty, co stanowi odsetek znikomy. Jednocześnie gdyby oferta Odwołującego była droższa o tę kwotę, nadal pozostałaby najtańszą i najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.
- Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach kalkulację kosztów, w których uwzględnił koszt przetworzenia ww. odpadów w kwocie 810 zł brutto za 1 Mg, czyli taką jak obowiązująca w oficjalnym cenniku ZZO Bełżyce. Przy założeniu ponoszenia takiego kosztu i pomimo wskazania w ofercie ceny jednostkowej niższej (tj. 540 zł brutto z 1 Mg), zaoferowana cena w zupełności pozwoli na realizację zamówienia zgodnie z wymogami SWZ, przy jednoczesnym

zapewnieniu Odwołującemu zysku na poziomie 13% ceny netto oferty, tj. w kwocie netto 335.421,88 zł. Odwołujący wykazał i uzasadnił, że ma możliwość zaoferowania w tej pozycji ceny niższej, zapewniając jednocześnie prawidłową realizację zamówienia i osiągnięcie wysokiego zysku (standardowy rynkowy zysk to ok. 10%, który zawsze będzie mógł posłużyć w części jako rezerwa na dodatkowe koszty i nieprzewidywany wzrost kosztów).

- Cena oferty Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych, cen innych złożonych ofert oraz kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Średnia cena wszystkich złożonych ofert wynosi 3.018.052,53 zł, a kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 3.171.906,00 zł – cena oferty Odwołującego wynosi odpowiednio: ok. 92,21 % średniej cen wszystkich ofert oraz ok. 87,74% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W zakresie części 2, Odwołujący wskazał, że podał ceny jednostkowe trzech (z łącznie siedemnastu) z pozycji wyceny zawartej w formularzu ofertowym:

- Wystawka – poz. 14 wielkogabaryty o kodzie 200307: 540 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 810 zł. Różnica wynosi więc 270 zł brutto.
- Poz. 9 Lampy fluorescencyjne o kodzie 200121* oraz poz. 10 Chemikalia o kodzie 200128): 864 zł brutto za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów za 1 Mg, natomiast cena zagospodarowania tych odpadów w instalacji wskazanej w ofercie (ZZO Bełżyce) wynosi 10.800 zł brutto. Różnica wynosi więc 9.936 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, z oferty oraz ze złożonych wyjaśnień ceny oferty wynikają zasadnicze okoliczności, które Zamawiający pominął w swojej ocenie:

- Łączna wartość tych pozycji wynosi 162.814,32 zł brutto, podczas gdy cena całej oferty w zakresie części 1 wynosi 394.911,72 zł brutto. Przy czym w zakresie poz. 9 i 10, łączna ich wartość wyraża się kwotą 1910,50 zł brutto, co stanowi mniej niż 0,5% ceny oferty. Nie sposób więc uznać, że jest to istotna część składowa ceny oferty, o której stanowi art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.
- Stwierdzona przez Zamawiającego „różnica” pomiędzy zaoferowanymi cenami jednostkowymi a kosztem przetworzenia odpadów w instalacji wynosi odpowiednio: 270 zł brutto oraz 9.936 zł brutto za 1 Mg. Uwzględniając ilość tych odpadów w okresie realizacji zamówienia, tj. 129,560 Mg (poz. 14), 0,100 Mg (poz. 9) oraz 2,100 Mg (poz. 10), różnica wynosi jedynie ok. 56.840,40 zł brutto, co z kolei stanowi jedynie ok. 14,39% ceny całości oferty. Jednocześnie gdyby oferta Odwołującego była droższa o tę kwotę, nadal pozostałaby najtańszą i najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.
- Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów, w których uwzględnił koszt przetworzenia w/w odpadów w kwocie 810 zł brutto za 1 Mg / 10.800 zł brutto za 1 Mg, czyli takie jak obowiązująca w oficjalnym cenniku ZZO Bełżyce. Przy założeniu ponoszenia takiego kosztu i pomimo wskazania w ofercie cen jednostkowych niższej (tj. 540 zł brutto z 1 Mg/964 zł brutto za 1 Mg), zaoferowana cena w zupełności pozwoli na realizację zamówienia zgodnie z wymogami SWZ, przy jednoczesnym zapewnieniu Odwołującemu zysku na poziomie ok. 30% ceny netto oferty, tj. w kwocie netto 120.972,26 zł. Tak więc Odwołujący w pełni wykazał i uzasadnił, że ma możliwość zaoferowania w tych pozycjach ceny niższej, zapewniając jednocześnie prawidłową realizację zamówienia i osiągnięcie wysokiego zysku (standardowy rynkowy zysk to ok. 10%, który zawsze będzie mógł posłużyć w części jako rezerwa na dodatkowe koszty i nieprzewidywany wzrost kosztów).
- Cena oferty Odwołującego nie odbiega od cen rynkowych, cen innych złożonych ofert oraz kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Średnia cena wszystkich złożonych ofert wynosi 476.158,31 zł, a kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi 406.498,40 zł – cena oferty Odwołującego wynosi odpowiednio: ok. 82,94 % średniej cen wszystkich ofert oraz ok. 97,15% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wobec braku ustawowej definicji rażąco niskiej ceny, przy definiowaniu tego pojęcia należy mieć na względzie wytyczne wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w literaturze przedmiotu, a za punkt odniesienia przyjąć należy również uregulowanie zawarte w Dyrektywie 2014/24/UE.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp posługuje się pojęciem istotnych części składowych ceny oferty, nie odnosi się natomiast do jakichkolwiek części składowych. Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który wskazał Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, dotyczy wyłącznie do rażąco niskiej ceny oferty, a nie jej części składowych, zatem już z tego względu czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwa.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty ograniczył się w zasadzie tylko do wskazania, które z cen składowych ceny oferty (w obu częściach) są jego zdaniem zbyt niskie. Jednakże Zamawiający nie przeprowadził jakiegokolwiek analizy tych okoliczności w kontekście ceny całkowitej oferty. W uzasadnieniu odrzucenia oferty próżno szukać jakichkolwiek argumentów wskazujących, czy i jeżeli tak, to z jakich względów, Zamawiający uznał cenę oferty (całkowitą) za rażąco niską. Przeprowadzenie takiej analizy jest konieczne do oceny, czy cena oferty jest rażąco niska i czy umożliwia właściwe wykonanie zamówienia. Brak jej przeprowadzenia, skupienie się tylko i wyłącznie na stwierdzeniu rzekomego „zaniżenia” pewnych części składowych ceny, samo w sobie przesądza o wadliwości czynności Zamawiającego, a brak jakichkolwiek rozważań w tym zakresie uniemożliwia również Odwołującemu podjęcie merytorycznej polemiki i obrony w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący zaznaczył, że uprawnienie Zamawiającego do badania i oceny oferty pod kątem ceny rażąco niskiej dotyczy wyłącznie ceny całkowitej oraz istotnych części składowych ceny oferty. Ustalenie przez Zamawiającego, że jedna czy więcej cen składowych odbiega od cen rynkowych, wymaga podjęcia przez zamawiającego dalszych rozważań, tj. ustalenia, czy okoliczność zaniżenia niektórych cen jednostkowych może i ma wpływ na całość zamówienia i możliwość jego wykonania po cenie całkowitej. Nie można natomiast z góry przesądzać, że zaniżenie niektórych części składowych ceny oferty świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Tym bardziej stwierdzenie zaniżenia niektórych cen składowych (bez stwierdzenia o zaniżeniu ceny całkowitej) nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty i nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Powołujący się na poglądy prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie Odwołujący podniósł, że istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego i konieczne jest odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia. Istotnymi częściami składowymi ceny są te części składowe, które ze względu na wielkość lub znaczący udział części składowej ceny w całości zamówienia mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie części 1 Zamawiający odrzucił jego ofertę wyłącznie z uwagi na wycenę jednej tylko pozycji (spośród dziesięciu) zawartych w formularzu ofertowym, której udział tej pozycji w całości ceny oferty jest znikomy i wynosi jedynie ok. 1,9%. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do przypisania tej części ceny przymiotu „istotności”. Znaczenie tej pozycji, tak ze względu na jej wartość, jak i ze względu na przedmiot (jest to niejako usługa uzupełniająca w ramach części 1 jest zupełnie nieistotne, wręcz marginalne. Co za tym idzie, Zamawiający nie tylko nie miał żadnych podstaw prawnych do wnioskowania na podstawie tej wyceny o rażąco niskiej cenie całej oferty, ale nawet nie był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie wyceny tej pozycji oraz do oceny zaaferowanej ceny jednostkowej. Ponadto, zdaniem Odwołującego, przedłożona szczegółowa kalkulacja kosztów potwierdza, że przy wycenie oferty Odwołujący uwzględnił koszt przetworzenia tych odpadów wg cennika obowiązującego w instalacji przetwarzania odpadów ZZO Bełżyce oraz że przy uwzględnieniu tego kosztu Odwołujący bez najmniejszych wątpliwości może prawidłowo wykonać całe zamówienie.

W odniesieniu do części 2 Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie z uwagi na wycenę trzech tylko pozycji (spośród siedemnastu) zawartych w formularzu ofertowym, których udział w cenie oferty jest niewielki, w związku z czym brak jest podstaw do przypisania tej części ceny przymiotu „istotności”. Nie może ulegać najmniejszej wątpliwości, że znaczenie tej pozycji, tak ze względu na jej wartość, jak i ze względu na przedmiot (zwłaszcza w zakresie poz. 9 i 10 formularza ofertowego, jest to niejako usługa uzupełniająca w ramach części 2) jest zupełnie nieistotne, wręcz marginalne. Co za tym idzie, Zamawiający nie tylko nie miał żadnych podstaw prawnych do wnioskowania na podstawie tej wyceny o rażąco niskiej cenie całej oferty, ale nawet nie był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie wyceny tej pozycji oraz do oceny zaaferowanej ceny jednostkowej. Ponadto przedłożona przez Odwołującego szczegółowa kalkulacja kosztów potwierdza, że przy wycenie oferty Odwołujący uwzględnił koszty przetworzenia tych odpadów wg cennika obowiązującego w instalacji przetwarzania odpadów ZZO Bełżyce oraz że przy uwzględnieniu tych kosztów Odwołujący bez najmniejszych wątpliwości może prawidłowo wykonać całe zamówienie.

Sygn. akt KIO 1638/21

W dniu 31 maja 2021 r. wykonawca EKO-TRANS Sp. z o.o. odwołał wobec czynności odrzucenia wyboru oferty C. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. EKO-TRANS C. K. i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia go z postępowania z powodu przedstawiania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 6 lit. b, art. 226 ust. 1 pkt 6 lit. c, art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, art. 128 ust. 1 i ust. 4 i 5 oraz art. 239 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2 zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert, w tym odrzucenie oferty P.H.U. EKO-TRANS C. K. oraz - w razie pozytywnej weryfikacji – wybranie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7-10 ustawy Pzp oraz spełniali warunki udziału w postępowaniu dotyczące: 1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz 2) zdolności technicznej lub zawodowej. Zdaniem Odwołującego wykonawca P.H.U. EKO-TRANS w obu częściach zamówienia, zarówno w stosunku do pierwszego jak i drugiego warunku, nie przedstawił prawidłowych podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Uprawnienia do prowadzenia określone działalności gospodarczej lub zawodowej

Odwołujący podniósł, że każdy wykonawca musiał legitymować się wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w przepisie art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.), w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych postępowaniem. Adekwatnie do wymagań Zamawiającego określonych w pkt 6.1.2. SWZ w zw. z pkt 8.1.3 ppkt 2 SWZ, wykonawca w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany był do przedłożenia wpisu do odpowiedniego rejestru. Dnia 17 maja 2021 r. Zamawiający wezwał P.H.U. EKO-TRANS do przedłożenia ww. dokumentu.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z uwagi na okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Jastków, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że posiada wpis do rejestru prowadzonego przez Wójta Gminy Jastków. Tymczasem przedłożony przez P.H.U. EKO-TRANS dokument potwierdza że wykonawca został wpisany do rejestru prowadzonego przez Prezydenta Miasta Lublin. Wpis uprawnia do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Lublin. Zamawiający przyjął dokument za prawidłowy, mimo że nie dotyczył on Gminy Jastków.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, mimo że był do tego uprawniony na podstawie art. 128 ustawy Pzp, nie wezwał P.H.U. EKO-TRANS do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie zaświadczenia o dokonaniu wpisu do rejestru prowadzonego przez Wójta Gminy Jastków. Tym samym Zamawiający uznał, że nie jest ważne, w jakiej gminie wykonawca został wpisany do rejestru, ważne że posiada wpis. Takie założenie jest sprzeczne z przepisami prawa.

Zdaniem Odwołującego, postępowania Zamawiającego nie usprawiedliwia art. 127 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, że Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17

lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków. Po pierwsze, sam Zamawiający uznał, że niniejszy przepis nie ma zastosowania, gdyż dokonał czynności w postaci wezwania do przedłożenia tego dokumentu. Po drugie, wykonawca w JEDZ nie wskazał danych umożliwiające dostęp do tych środków.

Odwołujący podniósł, że również ust. 2 ww. przepisu stanowiący, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, nie znajduje zastosowania, gdyż można zastosować go tylko wówczas, gdy wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. P.H.U. EKO-TRANS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie odmówił udostępnienia żądanych dokumentów wskazując gdzie one się znajdują i potwierdzając ich autentyczność, ale przedłożył dokumenty, w jego ocenie adekwatne do żądania Zamawiającego, które jednak po analizie powinny skłonić Zamawiającego do wniosku, że wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zdolność techniczna lub zawodowa

Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał lub wykonuje: w zakresie części 1 zamówienia: co najmniej jedną usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres minimum 6 miesięcy polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, w zakresie części 2 zamówienia: co najmniej jedną usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres minimum 6 miesięcy polegającą na prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Odwołujący podał, że P.H.U. EKO-TRANS na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie części 1 zamówienia, powołał się na dwie wykonane usługi:

- 1) Odbiór, transport i przekazanie do odzysku odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Niemce w okresie od 01.01.2019 do 31.12.2019 r. – usługa wykonana na rzecz KOM-EKO S.A.;
- 2) Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Lubartów, Gminy Lubartów, Gminy Ostrów Lubelski, Gminy Semik oraz Gminy Ostrówek od 01.01.2018 do 31.12.2019. – usługa wykonana na rzecz Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej.

Odwołujący podniósł, że zarówno z treści oświadczenia wykonawcy, jak i z załączonych referencji wynika, że przedmiot świadczonych usług różnił się od przedmiotu usług wymaganych przez Zamawiającego w SWZ.

Zdaniem Odwołującego usługa wykonana na rzecz Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej dotyczyła wyłącznie odbioru odpadów komunalnych, w zakresie tej usługi wykonawca nie świadczył usługi w postaci zagospodarowania odpadów. Zakresy świadczeń nie są tożsame. Już z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Oznacza to rozbieżność między tymi usługami. Przedmiotem przetargu może być zatem tylko odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowanie tych odpadów. Niniejsze rozróżnienie ma znaczenie zwłaszcza w kontekście obowiązków gmin w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania. To zamawiający rozstrzyga, czy rozpisując przetarg, czyni wykonawcę odpowiedzialnym za samo odbieranie odpadów i przekazywanie ich do określonej regionalnej instalacji do ich przetwarzania, czy też zobowiązuje go nie tylko do samego ich odbierania, ale również do zagospodarowania w sposób odpowiadający przepisom prawa. Możliwe są również przetargi, których przedmiotem jest samo zagospodarowanie odpadów. Pod pojęciem gospodarowania odpadami zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779 ze zm.) rozumiemy m.in. zbieranie, transport oraz przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami. W zakres tego pojęcia wchodzi zatem przetwarzanie odpadów, tj. procesy odzysku lub unieszkodliwiania. Oznacza to, że jeżeli Gmina Jastków zdecydowała o przeprowadzeniu przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów i w odniesieniu do tego j przedmiotu określiła warunek udziału w postępowaniu – to nie może teraz przyjąć usługi polegającej na samym odbieraniu odpadów komunalnych, jako spełniającej wymagania, a nie ma wątpliwości, że przedmiotem usługi świadczonej przez P.H.U. EKO-TRANS nie było gospodarowanie odpadami.

Odwołujący dodał, że z uwagi na fakt, iż sam wykonywał usługi na rzecz Gminy Ostrów Lubelski, Ostrówek i Serniki posiada informację, że P.H.U. EKO-TRANS nie świadczył usług w tych gminach we wskazanym w oświadczeniu okresie. Zamawiający nie mógł zatem uznać tej usługi jako potwierdzającej spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Z powyższego – zdaniem Odwołującego – wynika, że P.H.U. EKO-TRANS wprowadzi Zamawiającego w błąd.

W odniesieniu usługi świadczonej na rzecz Gminy Niemce Odwołujący podniósł, że usługi odbioru, transportu i przekazania do odzysku odpadów komunalnych również nie są tożsame z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje możliwości posłużenia się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczeniem nabywanym w ramach podwykonawstwa, ale wskazuje na konieczność weryfikacji przedmiotu świadczonych usług, czy jest on tożsamy z wymaganiami Zamawiającego. Referencje wystawione przez KOM-EKO S.A. na rzecz P.H.U. EKO-TRANS potwierdzają, że wykonawca świadczył usługi w zakresie *Odbioru, transportu i przekazaniu do odzysku odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Niemce w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.* Doświadczenie podwykonawcy obejmuje tylko wykonane przez niego zadania. Jeśli podwykonawca realizował tylko część zamówienia głównego, to nie może legitymować się doświadczeniem w zakresie całej usługi. Istotny jest rodzaj wykonywanych prac, ich warunki, zakres i czas realizacji. Za prace wykonane w podwykonawstwie nie zawsze jest taka sama odpowiedzialność, jak za prace wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał potwierdzenia wykonania usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Zagospodarowanie obejmuje też pojęcie przetwarzania odpadów.

Wykonawca rzekomo świadczył usługę polegającą na odbiorze, transporcie i przekazaniu do odzysku odpadów komunalnych. Nie są to tożsame przedmioty świadczeń. Zdaniem Odwołującego przedłożone referencje są nieprawidłowe i wprowadzają w błąd. Usługa w zakresie przekazania odpadów do odzysku nie mogła być świadczona przez P.H.U. EKO-TRANS. Przekazanie do odzysku jest wykonywane przez zakład zagospodarowania – podmiot prowadzący odzysk lub recykling odpadów – instalację przetwarzania odpadów komunalnych, nie przez przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne i gospodarującego odpadami, który przekazuje odpady do przetwarzania. Są to dwa niezależne procesy. Wykonawca P.H.U. EKO-TRANS nie ma uprawnień do wykonywania działalności polegającej na przekazywaniu odpadów do odzysku. Ustawa o odpadach określa odrębne warunki i wymagane zezwolenia dla podmiotów zajmujących się eksploatacją instalacji do przetwarzania odpadów, prowadzących instalacje dla przetwarzania odpadów.

Zdaniem Odwołującego P.H.U. EKO-TRANS wprowadził Zamawiającego w błąd. Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za gospodarkę odpadami w gminie powinien posiadać wiedzę w tym zakresie. W tym kontekście zasady jest też zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający przewidział w pkt 7.2 SWZ fakultatywne podstawy wykluczenia, z tym art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Potwierdzeniem niniejszego mogą być zeznania świadka z KOM-EKO S.A.

Odwołujący podkreślił, że w ramach usługi odbioru odpadów wykonawca jest obowiązany do transportowania odpadów komunalnych do docelowego zagospodarowania w instalacji do przetwarzania, tj. do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami oraz niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej. Zatem użyte w referencjach określenie „przekazania do odzysku odpadów komunalnych” dotyczyło zapewne „przekazywania odebranych odpadów komunalnych do instalacji komunalnych” – co jest wykonywane w ramach usługi odbierania odpadów. P.H.U. EKO-TRANS nie dysponuje własną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych, a w ramach tej usługi nie miał też zawartej umowy z taką instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych o przetwarzanie takich odpadów, bo taką instalacją dysponowała KOM-EKO S.A. Jeżeli Zamawiający miałby wątpliwości w tym zakresie, powinien je wyjaśnić żądać na przykład dostarczenia treści umowy podwykonawczej.

Odwołujący stwierdził, że na obecnym etapie postępowania możliwe jest przesłuchanie osoby wystawiającej referencje, tj. M. M., w celu dokonania weryfikacji doświadczenia P.H.U. EKO-TRANS i potwierdzenia, że nie świadczy on usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów na rzecz Gminy Niemce w ramach podwykonawstwa na rzecz KOM-EKO S.A.

W odniesieniu do części 2 zamówienia Odwołujący wskazał, że P.H.U. EKO-TRANS przedstawił w wykazie usługę odbioru, transportu i przekazanie do odzysku odpadów komunalnych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) z Garbowa w okresie od 01.10.2018 r. do 30.09.2019 r. wykonanej na rzecz Gminy Garbów. i załączył referencje potwierdzające wykonanie takiej usługi.

Odwołujący podniósł, że powyższy zakres usług nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego, który żądał wykazania usługi polegającej na prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Prowadzenie oznacza m. in. powstanie obowiązku sporządzania sprawozdań zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tymczasem sam odbiór, transport i przekazanie do odzysku nie jest prowadzeniem PSZOK. Zgodnie z ww. ustawą podmiot prowadzący PSZOK jest obowiązany do przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji komunalnych celem poddania ich procesowi odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, jest obowiązany również do sporządzania rocznych sprawozdań i przekazywania ich wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do 31 stycznia za poprzedni rok kalendarzowy. Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów z PSZOK nie obejmuje ww. obowiązku.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty P.H.U. EKO-TRANS.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o oddalenie obu odwołań w całości.

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

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

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

Sygn. akt KIO 1629/21

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Jastków (pkt 4.1 SWZ). Zgodnie z punktem 4.2 SWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z podziałem na dwie części:

1)część 1 zamówienia – „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Jastków”, polegający na:

- odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Jastków
- dostarczeniu worków do selektywnej zbiórki w kolorach określonych w regulaminie (na zasadzie „worek za worek”) niezbędnych do należytego funkcjonowania systemu gospodarki odpadami,
- dostawie kontenerów do gromadzenia odpadów komunalnych w zabudowie wielorodzinnej (spółdzielnie i wspólnoty mieszkaniowe) na terenie gminy:
- odbiorze odpadów, które zostaną wystawione przez mieszkańców przed posesję w systemie akcyjnym tzw. „wystawka”,

2)część 2 zamówienia – „Odbiór i zagospodarowanie masy odpadów komunalnych zgromadzonych w Punktach Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych”, polegający na:

- odbiorze i zagospodarowaniu masy odpadów komunalnych zebranych selektywnie od mieszkańców gminy Jastków zgromadzonych w dwóch Punktach Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych – pierwszy zlokalizowany na terenie oczyszczalni ścieków w Tomaszowicach, drugi zlokalizowany na terenie oczyszczalni ścieków w Snopkowie,
- wyposażenie ww. Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w kontenery na wysegregowane odpady komunalne.

Wartość szacunkowa dla cz. 1 została ustalona na kwotę 2 936 950 zł, natomiast dla cz. 2 – na kwotę 376 387, 40z ł. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to: 3.171.906,00 zł brutto dla części 1 i 406.498,40 zł brutto dla części 2.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

–Część 1:

- 1)PHU EKO-TRANS C. K.: 2.999.358,00 zł,
- 2)Konsorcjum: „APGG” Sp. z o.o.: 2.782.877,04 zł,
- 3)EKO-TRANS Sp. z o.o.: 3.037.811,04 zł,
- 4)EKOLAND Sp. z o.o.: 3.252.164,04 zł,

–Część 2:

- 1)PHU EKO-TRANS C. K.: 445.542,46 zł,
- 2)Konsorcjum: „APGG” Sp. z o.o. 394.911,72 zł,
- 3)EKO-TRANS Sp. z o.o. 454.818,24 zł,
- 4)PreZero Service Wschód Sp. z o.o. 609.360,84 zł.

Pismem z 10 maja 2021 r. Zamawiający, uszczegółowionym pismem z 11 maja 2021 r., wezwał Konsorcjum APGG, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że złożona oferta wydaje się rażąco niska, ponieważ:

- w części 1 zgodnie z cennikiem usług ZZO Sp. z o.o. w Bełżycach cena za przyjęcie odpadów wielkogabarytowych (kod 200307) wynosi 750 zł netto za Mg zaś zaproponowana kwota w ofercie wynosi 500 zł netto
- w części 2 cena za przyjęcie odpadów o kodzie 200121* i 200128 zgodnie z cennikiem usług ZZO Sp. z o.o. w Bełżycach wynosi 10000 zł netto za Mg zaś zaproponowana kwota w ofercie wynosi 800 zł.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, z 2018 r, poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum APGG złożyło wyjaśnienia przedstawiające kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia zostały w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 21 maja 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PHU EKO-TRANS C. K. jako najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu nieudowodnienia, że

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał:

Podstawą odrzucenia oferty jest analiza poszczególnych składników mających wpływ na ofertę. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają w ocenie Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zaniżona cena dotyczy w szczególności kosztu odbioru i zagospodarowania odpadów w części 1 (...) w pozycji WYSTAWKA, Zaproponowana w pozycji I cena 540 zł brutto za 1 Mg odpadów o kodzie 200307 – wielkogabaryty nie odpowiada cenom zawartym w cenniku za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w ZZO Bełżyce ponieważ cena wynosi 810 zł brutto. Różnica jednostkowa wynosi 270 zł brutto.

*Również zaproponowana cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów w części 2 (...) w pozycji 9 – 20 01 21 *Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (864 zł brutto) oraz w pozycji 10 – Chemikalia – opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone 20 01 28 (864 zł brutto) jest rażąco niska. W ZZO w Bełżycach cena za przyjęcie obu tych odpadów 10.800 zł brutto za Mg. Różnica jednostkowa wynosi 9.936,00 zł brutto.*

Zarówno w części 1 jak i części 2 przy ww kodach odpadów Wykonawca wskazał w ofercie ZZO Bełżyce jako właściwą instalację do przyjmowania odpadów. Koszty związane z zagospodarowaniem odpadów rok do roku są coraz wyższe, w związku z tym brak jest jakichkolwiek realnych przesłanek na ich zmniejszenie.

Zamawiający przedstawił tabelaryczne zestawienie cen odpadów przyjmowanych do przykładowych instalacji komunalnych w latach 2019-2020 oraz wskazał czynniki wpływające na wysokość kosztów w ostatnich latach. Zamawiający stwierdził: *Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił jednoznacznych dowodów, że zaproponowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Z powyższej analizy wynika, że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. W związku z tym, że rozliczenie między Zamawiającym a Wykonawcą nie będzie stanowiło stałej miesięcznej kwoty ryczałtowej, ale będzie wynikało z faktycznie wytworzonych przez mieszkańców ilości poszczególnych kodów odpadów Zamawiający musi mieć pewność, że wszystkie elementy składowe oferty są realnie wycenione. W przypadku oferty Konsorcjum: „APGG” Sp. z o.o. USŁUGI TRANSPORTOWE G. G. zachodzi realne podejrzenie, że odebrane odpady nie będą zagospodarowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.*

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofertowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podzielił, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do twierdzeń faktycznych, które przedstawił również w wezwaniu do wyjaśnień, tj. wskazał, że:

- w części 1 w pozycji „Wystawka” zaproponowana w pozycji I cena 540 zł brutto za 1 Mg odpadów o kodzie 200307 – wielkogabaryty nie odpowiada cenom zawartym w cenniku za przyjęcie i zagospodarowanie odpadów w ZZO Bełżyce ponieważ cena wynosi 810 zł brutto.
- w części 2 w pozycji 9 – 20 01 21 *Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (864 zł brutto) oraz w pozycji 10 – Chemikalia – opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone 20 01 28 (864 zł brutto) jest rażąco niska. W ZZO w Bełżycach cena za przyjęcie obu tych odpadów 10.800 zł brutto za Mg.

Zamawiający nie przedstawił jednak żadnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wskazane przez niego ceny są jedynymi prawidłowymi oraz czy nie istnieją inne okoliczności pozwalające ją obniżyć. Zamawiający nie wskazał, dlaczego złożone wyjaśnienia uznał za niewystarczające lub niewiarygodne. Zamawiający stwierdził: *Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił jednoznacznych dowodów, że zaproponowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.* Nie wiadomo jednak, jakie dowody

Zamawiający uznał za niewystarczające i z jakiego powodu.

Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty w znacznej mierze ma charakter generalnej analizy, nieodnoszącej się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień (tabelaryczne zestawienie cen odpadów przyjmowanych do przykładowych instalacji komunalnych w latach 2019-2020, czynniki wpływające na wysokość kosztów w ostatnich latach). Nie odnosi się ono jednak do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Istotny jest również fakt, że Zamawiający, uznając zaofertowaną cenę za rażąco niską z powodu wyceny jednej pozycji w części 1 i dwóch pozycji w części 2 zamówienia, w najmniejszym nawet stopniu nie odniósł się do istotności wyceny tych pozycji. Z uzasadnienia odrzucenia nie sposób powziąć wiedzy, jaki wpływ na cenę oferty ogółem i na możliwość należytej realizacji zamówienia, ma wycena tych pozycji, które – jak wskazał Odwołujący – stanowią znikomy pod względem wartości element ceny ofertowej.

Zauważenia wymaga, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień w związku wyceną określonych części składowych może nastąpić w sytuacji, gdy wątpliwości dotyczą części o charakterze istotnym. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Jakkolwiek w przepisie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, określającym, w jakich okolicznościach istnieje obowiązek odrzucenia oferty, ustawodawca nie odnosi się do elementów składowych ceny, ale do ceny ogółem, to biorąc pod uwagę treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp należy stwierdzić, że cena może być uznana za rażąco niską z uwagi na wycenę określonych elementów, ale dotyczy to sytuacji, w której elementy te mają na tyle istotny charakter, że wpływają na ocenę realności ceny całkowitej. Jednocześnie obowiązek wykazania istotności wyceny pojedynczych części składowych spoczywa na Zamawiającym, który uzasadniając odrzucenie oferty zobligowany jest do udowodnienia, że zaistniały ku temu podstawy.

Analizę istotności wyceny zakwestionowanych elementów ceny oferty Odwołującego Zamawiający przedstawił dopiero w odpowiedzi na odwołanie, w której próbował wykazać, że udział tych elementów w cenie oferty jest istotny. Powyższe nie zostało przedstawione jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty, nie może więc być wzięte pod uwagę jako uzasadniające to odrzucenie. Jeżeli Zamawiający uznał, że wycena zakwestionowanych pozycji ma charakter istotny, miał obowiązek wykazać tę istotność w uzasadnieniu odrzucenia oferty, tak aby wykonawca mógł dokonać analizy stanowiska Zamawiającego i podjąć z nimi ewentualną polemikę. Niedopuszczalna jest natomiast sytuacja, w której wykonawca dopiero z odpowiedzi na odwołanie dowiaduje się, co doprowadziło Zamawiającego do wniosku o konieczności odrzucenia jego oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego – w świetle przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia tej czynności – było niezasadne, a Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1629/21 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1638/21:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 6.1.2 SWZ, Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, jeśli wykonawca wykaże, że posiada:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w przepisie art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.), w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem w zależności od części;

b) aktualny wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (rejestr BDO) zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn. zm.);

Stosownie do postanowień punktu 6.1.4 SWZ, Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał lub wykonuje:

a) w zakresie części 1 zamówienia: co najmniej jedną usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres minimum 6 miesięcy polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych,

b) w zakresie części 2 zamówienia: co najmniej jedną usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres minimum 6 miesięcy polegającą na prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Pismem z 17 maja 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę P.H.U. EKO-TRANS, na podstawie art. 126 ust. 1 nPzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia) w zakresie części 1 i 2 zamówienia, w tym dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego

usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4 SWZ,

- 2) wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w przepisie art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r, poz. 1439 z późn. zm.), w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem w zależności od części – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.12 SWZ,
- 3) aktualnego wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (rejestr BDO) zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 z późn. zm.) – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.2 SWZ.

Wykonawca P.H.U. EKO-TRANS w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił m.in.:

- 1) zaświadczenie z 4 czerwca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wydane z up. Prezydenta Miasta Lublina,
 - 2) wyciąg z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w którym jako przeważająca działalność gospodarcza zostało podane: 38.11.Z Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne,
 - 3) wniosek z 18 marca 2013 r. do Wójta Gminy Jastków o rozszerzenie katalogu odpadów określonych w pkt. 4 zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości znak: RO/3/2012. z dnia 07.05.2012 roku,
- 4) Wykaz usług dotyczący części 1 zamówienia:

L.p.	Przedmiot usługi	Daty wykonania usługi	Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana
1.	KOM-EKO S.A. ul. Wojenna 3, 20-424 Lublin	01.01.2019-31.12.2019	Odbiór, transport i przekazanie do odzysku odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Niemce w okresie od 01.01.2019 do 31.12.2019 r
2.	Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej ul. Lubelska 68, 21-100 Lubartów	01.01.2018 do 31.12.2019	Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Lubartów, Gminy Lubartów, Gminy Ostrów Lubelski, Gminy Sernik oraz Gminy Ostrówek od 01.01.2019 do 31.01.2019

Do wykazu załączono:

- referencje wystawione przez KOM-EKO S.A., potwierdzające należyte wykonanie przez P.H.U. EKO-TRANS usług w zakresie: „Odbioru, transportu i przekazaniu do odzysku odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Niemce w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.
- referencje wystawione przez Związek Komunalny Gmin Ziemi Lubartowskiej, potwierdzające należyte wykonanie przez P.H.U. EKO-TRANS usług w zakresie: „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta Lubartów, Gminy Lubartów, Gminy Ostrów Lubelski, Gminy Serniki oraz Gminy Ostrówek od 01.01.2018 r do 31.12.2019 r., w szczególności świadczyła usługi odbioru odpadów z sektora IV – nieruchomości zamieszkałe w Gminie Lubartów

5) Wykaz usług dotyczący części 2 zamówienia:

L.p.	Przedmiot usługi	Daty wykonania usługi	Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana
1.	Odbiór, transport i przekazanie do odzysku odpadów komunalnych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów komunalnych (PSZOK) z Garbowa ul. Krakowskie Przedmieście w okresie od 01.10.2018 do 30.09.2019	01.10.2018 do 30.09.2019	Gmina Garbów ul. Krakowskie Przedmieście 50, 21-080 Garbów

Do wykazu załączono referencje wystawione przez Gminę Garbów, potwierdzające należyte wykonanie przez P.H.U. EKO-TRANS usług w zakresie: w zakresie „Odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Garbów od 01.10.2018 r. do 30.09.2019 r.”, jak również usługi „Odbioru, transportu i przekazania do odzysku odpadów komunalnych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów komunalnych (PSZOK) z Garbowa ul. Krakowskie Przedmieście w okresie od 01.10.2018 r. do 30.09.2019r.

Pismem z 21 maja 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PHU EKO-TRANS C. K. jako najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) została złożona po terminie składania ofert;
- 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka

dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; (...)

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Oceniający ustalony stan faktyczny pod kątem zgodności z przytoczonymi wyżej przepisami ustawy, Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący niewykazania przez PHU EKO-TRANS spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Nie ulega wątpliwości, że ww. wykonawca posiada wymagany wpis do rejestru prowadzonego przez Wójta Gminy Jastków – zaświadczenie o wpisie zostało załączone do odpowiedzi na odwołanie. Posiadanie takiego wpisu jest okolicznością znaną Zamawiającego z urzędu, jako że Zamawiający jest podmiotem prowadzącym rejestr.

Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie tylko jest w dyspozycji podmiotowego środka dowodowego, ale sam prowadzi rejestr w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, brak wskazania na to przez wykonawcę nie powinien prowadzić do uznania, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie odpowiadałoby to zasadzie proporcjonalności określonej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, mimo że nie tylko warunek ten niewątpliwie spełnia, ale również mimo posiadania przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego to spełnianie. Fakt, że Zamawiający skierował wezwanie do złożenia takiego dokumentu może być uznane jedynie za czynność zbędną, co jednak nie wpłynęło na przebieg i wynik postępowania.

Za zasadne Izba uznała zarzuty dotyczące niewykazania spełniania przez wykonawcę PHU EKO-TRANS – w odniesieniu do obu części zamówienia – warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy.

Po pierwsze, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że zadania referencyjne wskazane dla części 1 zamówienia nie obejmowały – wbrew wyraźnemu wymogowi SWZ – zagospodarowania odpadów. Wynika to opisu zakresu usług w wykazie oraz z załączonych referencji. Obie usługi obejmowały odbiór odpadów, nie zaś ich zagospodarowanie.

Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391, z późn. zm.) wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. W świetle powyższego przepisu gmina dokonuje więc wyboru, czy zorganizować przetarg i udzielić zamówienia tylko na odbieranie, czy też na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W sytuacji gdy gmina zdecyduje się na zorganizowanie przetargu tylko na odbieranie odpadów komunalnych, wówczas do obowiązków wykonawcy należy odbieranie odpadów komunalnych i ich przewiezienie do instalacji wskazanych przez gminę. Zatem fakt, że w rozpoznawanej sprawie usługi referencyjne obejmowały transport odpadów, w żadnej mierze nie świadczy o tym, że zamówienie polegało również na zagospodarowaniu odpadów – oczywistym jest, że usługa nie może się ograniczać do samego odbioru odpadów, ale musi także obejmować ich transport do instalacji. W sytuacji natomiast, gdy usługa obejmuje również zagospodarowanie odpadów, zakres obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy jest szerszy. Jak wynika chociażby z projektu umowy obowiązującego w niniejszym postępowaniu przetargowym (§ 3 ust. 10), wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane odpady komunalne w sposób umożliwiający osiągnięcie określonych poziomów:

- w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14.12.2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowane do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych - poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów:
- w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15.12.2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

Potwierdza to, że w przypadku usługi obejmującej zagospodarowanie odpadów obowiązki wykonawcy nie kończą się na przekazaniu odpadów do instalacji, wykonawca odpowiada bowiem za proces postępowania z odpadami i osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu czy ograniczenia masy odpadów. Wskazane w wykazie usługi, w ramach których odbierane i transportowane były odpady, mają – jak wynika z ich opisu – istotnie węższy zakres.

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie zdaje się wynikać, że Zamawiający utożsamia usługę odbioru i transportu odpadów z usługą odbioru odpadów i ich zagospodarowania. Jest to stanowisko niezasadne z powodów wskazanych powyżej.

Należało zatem stwierdzić, że wykonawca P.H.U. EKO-TRANS nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.1.4 ppkt a SWZ.

W odniesieniu do warunku dotyczącego części 2 zamówienia okolicznością bezsporną jest, że wskazana w wykazie usługa nie obejmowała prowadzenia PSZOK. Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie dokonał interpretacji warunku w sposób odbiegający od jego jasnego, literalnego brzmienia. Zamawiający podał, że co prawda wskazał, że wymaga wykazania usługi polegającej na prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych

jednakże mając na uwadze przedmiot zamówienia, stwierdzić należy, że niewątpliwie intencją Zamawiającego było wymaganie wykazania wykonania usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu masy odpadów komunalnych zgromadzonych w Punktach Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych i rozpatrywać to należy jako omyłkę pisarską. Zwłaszcza, że sam Zamawiający wskazał, że to on prowadzi Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Odnosząc się do powyższego stanowiska należy stwierdzić, że Zamawiający jest związany opisanymi w SWZ warunkami udziału w postępowaniu i na etapie oceny ich spełniania nie może dokonywać takiej interpretacji tych warunków, które są wprost sprzeczne z ich literalnym brzmieniem. Zauważenia wymaga, że na podstawie warunków opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ wykonawcy podejmowali decyzję o udziale w postępowaniu. Nie można wykluczyć, że gdyby wiadome było, że Zamawiający nie wymaga doświadczenia w prowadzeniu PSZOK, krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia byłby inny. Takie brzmienie warunku nie może być więc w żadnej mierze traktowane jako omyłka pisarska, prostowana dopiero na etapie oceny spełniania warunków.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca P.H.U. EKO-TRANS nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 6.1.4 ppkt b SWZ.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do wezwania wykonawcy P.H.U. EKO-TRANS do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga bowiem, że w punkcie III.1.1. ppkt 7.2. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym podstawę przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wobec powyższego zaistnienie sytuacji wprowadzenia Zamawiającego – co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa – w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, powoduje podleganie wykonawcy wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że wykonawca P.H.U. EKO-TRANS złożył w dokumencie JEDZ oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a w treści wykazów podał, że przedstawia wykaz usług zgodny z postanowieniami punktów 6.4.1 lit. a i b SWZ. Oświadczenia te mogły wprowadzać Zamawiającego w błąd, polegający na uznaniu, że wykonawca spełnia opisane w SWZ warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy faktycznie tak nie było. W ocenie Izby wykonawca, jako podmiot profesjonalny, nie powinien mieć problemów ze zrozumieniem treści warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w sposób jasny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności (art. 355 § 2 Kc) przy przekazywaniu zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny sytuacji wykonawcy. Wobec powyższego, oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że usługi zawarte w wykazie odpowiadają postanowieniom SWZ, wykonawca wykazał się co najmniej rażącym niedbalstwem. Dodatkowo zauważyć należy, że wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego i nie przedstawił żadnych okoliczności, które usprawiedliwiłyby złożenie powyższych oświadczeń.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3. Biorąc bowiem pod uwagę liczbę i wagę zarzutów uwzględnionych Izba stwierdziła, że odwołanie okazało się zasadne w 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000,00 + 3.600,00), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7.400,00 zł (22.200,00 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.200,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący.....