

Sygn. akt: KIO 2680/21

WYROK

z dnia 4 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2021 r. przez

wykonawcę W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ślusarstwo Produkcja-Handel-Uslugi W.R. w spadku z siedzibą w Straszęcinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Czarna z siedzibą w Czarnej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ślusarstwo Produkcja-Handel-Uslugi W.R. w spadku z siedzibą w Straszęcinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ślusarstwo Produkcja-Handel-Uslugi W.R. w spadku z siedzibą w Straszęcinie tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 2680/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Czarna z siedzibą w Czarnej - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp”), pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych.”, nr postępowania: JUE.271.8.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 czerwca 2021 r.,

za numerem 2021/S 119-314670.

W dniu 10 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ślusarstwo Produkcja-Handel-Uslugi W.R. w spadku z siedzibą w Straszęcinie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe EcoTech K.W. w Stopnicy z siedzibą w Stopnicy (dalej: EcoTech);
- 2) zaniechania czynności dokładnego zbadania oferty EcoTech;
- 3) czynności uznania wyjaśnień rażąco niskiej ceny EcoTech, które są niewystarczające.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 i 17 ustawy pzp, poprzez naruszenie zasad ustawy pzp;
2. art. 128 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy EcoTech do uzupełnienia dowodów określających zgodność ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz weryfikacji i pełnego złożenia wyjaśnień i dowodów co do rażąco niskiej ceny;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy pzp w związku z art. 63 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy EcoTech, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań określonych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy EcoTech;
- 3) wyboru naszej oferty Odwołującego, która spełnia wszystkie wymagania i jest ważna;

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy prawnej zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia, o których mowa w art. 16 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył wszystkie zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Wskazał również, że Odwołujący nie otrzymał żadnego uzasadnienia formalnego i prawnego na złożony wniosek o niezgodności oferty i wezwanie do odrzucenia Wykonawcy EcoTech.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający naruszył swoim wyborem zasadność utworzonej ustawą analizy potrzeb i wymagań, z której do końca nie jest uwidoczniiony cel, charakter czy też wariantowość. Wybór Wykonawcy niezgodny z dokumentami zamówienia narusza celowość przygotowanej w sposób rzetelny analizy potrzeb i wymagań.

Odwołujący wskazał dalej, że punkt 3.3.2.7 podpunkt c SWZ dotyczy konieczności zagospodarowania odpadów zgodnie z przepisami prawa. Oferta Wykonawcy EcoTech (załącznik nr 9 do SWZ) wskazuje, iż w punkcie 2a przedstawił dwa podmioty, do których zamierza kierować selektywnie zbierane odpady komunalne tj. - Gminny Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie, 39-103 Ostrów 225 (Decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego, znak OS-I.7222.4.2.2021.RD z dnia 09.04.2021 r. — w sprawie ujednolicenia tekstu pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie Instalacji komunalnych w Kozodrzy, gmina Ostrów plik zip- link do decyzji

). Nie mniej jednak okazuje się, że nie posiadają oni uprawnień do zbierania odpadów segregowanych przewidzianych

w postępowaniu (z wyłączeniem opon 160103, popiołu, odpadów 200199, odpadów budowlanych 170107 i 200399 odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach). Drugim podmiotem okazała się ich własna firma, przy czym brakuje wskazania podmiotu dla zagospodarowania kodów 200201, 200301. Dodatkowo Zamawiający w formularzu ofertowym żąda przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji, czego EcoTech nie wykazał. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o informację od Zamawiającego, jakie w tej części wyjaśnienia treści oferty wniósł niniejszy Wykonawca. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi prowadzić postępowanie zgodnie nie tylko z przepisami pzp, ale także innych przepisów prawa. Wskazując w formularzu ofertowym obowiązek przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji oczekuje, że będzie miał możliwość kontroli całego procesu gospodarowania odpadami od miejsca wytworzenia do wjazdu na teren instalacji, oraz uzyskanie informacji o uzyskanych frakcjach. Nie mniej jednak brak takiej informacji (na żądanie zamawiającego) czyni tę ofertę niezgodną z dokumentami zamówienia. W tym wypadku zamawiający ma możliwość wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, ale nie mniej jednak ciężko jest ocenić czy taki brak informacji nie czyni złożenia oferty niezgodnej z dokumentami zamówienia, co jest jedną z przesłanek do odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał, że należy także mieć na uwadze, że zastosowanie podstawy odrzucenia oferty z art. 226.1.5 (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia) konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie ta niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie jest niezgodne z konkretnymi wskazaniem, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Nie mniej jednak niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223.2.3 (inna omyłka) obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczących zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Nie mniej jednak czynność odrzucenia oferty dotyczy tylko określonych sytuacji, które wystąpiły w trakcie oceny i badania oferty. Ten rodzaj czynności następuje po ustaleniu, że oferta wykonawcy została złożona w terminie. Jedną z czynności badania i oceny oferty jest sprawdzenie, czy oferta odpowiada warunkom przedmiotowym określonym przez zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący, warto dokładnie zapoznać się z argumentacją dotyczącą w tym wypadku podstawą do odrzucenia oferty, która została podniesiona w tym punkcie. Jest to przesłanka odrzucenia wynikająca z niezgodności treści oferty z przepisami ustawy (w domyśle ustawy pzp).

Odwołujący wskazał także, że w punkcie 3.4.1. Zamawiający przyporządkowuje kody odpadów do rodzaju odpadów odbieranych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, natomiast w formularzu ofertowym już nie zamieszcza tych kodów. Natomiast w tym samym punkcie wskazuje kod odpadu 200199 jako popioły i żużle domowe z palenisk domowych, natomiast w części dotyczącej selektywnego odbierania odpadów przy kodzie 200199 nie zamieszcza takiego opisu.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie 1 Zamawiający przedstawia ilość odebranych odpadów za rok 2020 z PSZOK i w tab. 2 od mieszkańców. Z tabeli 2 wynika, iż w roku 2020 odebrano od mieszkańców gminy 61,67 Mg odpadów popiołu (kod 200399). Tymczasem w formularzu ofertowym przyjmuje założenie iż w ciągu roku 2022 odebranych zostanie 392 Mg tego rodzaju odpadu (kod odpadu 200199 popioły).

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Wykonawcę EcoTech jest rażąco niska, a wyjaśnienia w żaden sposób nie spełniają wymagań formalnych wynikających z ustawy pzp. Odwołujący podniósł, iż ocenienie rażąco niskiej ceny nie dotyczy jedyne przypadku różnicy min. 30% w stosunku do szacowanej wartości czy też różnicy złożonych ofert. Nie mniej jednak oferta EcoTech w porównaniu z pozostałymi ofertami winna budzić obawy po stronie Zamawiającego, gdyż jest rażąco niską ceną istotnych składowych oferty w porównaniu do: pozostałych oferentów, cen rynkowych i oferty firmy tego Wykonawcy złożonej w postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia dotyczącej odbierania odpadów z terenu gminy Czarna w roku 2021 (złożona we wrześniu 2020 r.). W punkcie 2 wyjaśnień firmy EcoTech z dn.4 sierpnia 2021 wskazano, że: „Zaoferowane przez Wykonawcę stawki wynikały wprost ze skrupulatnie przeprowadzonych wyliczeń, podpartych

wieloletnim doświadczeniem....”. Niemniej jednak patrząc na to co wydarzyło się w obecnym

roku, oferta z roku 2020 tego Wykonawcy jest podobna, i w żaden sposób nie uwzględnia inflacji, wzrostu wynagrodzeń oraz sytuacji związanej z COVID-19. Punkt 4 wyjaśnień - firma EcoTech wskazuje, że przedstawiony w ofercie poziom cenowy wynika z faktu możliwości

zbierania większej ilości odpadów i ich przeładunku na terenie swojej bazy. W punkcie 1.1. (powyżej) firma EcoTech nie wskazała miejsca wszystkich rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, natomiast aby dokonać przeładunku odpadu o kodzie 200301 niesegregowane odpady komunalne należy posiadać stację przeładunkową i stosowne decyzje do tego rodzaju działalności. Dodatkowo kod 200301 jest jednym z brakujących kodów odpadów z punktu I.1.c. nie wskazano jakie rodzaje odpadów będą gromadzone lub/i przeładowywane i jak wpłynie to na obniżenie ceny. Dodatkowo w wyjaśnieniach w punkcie 7 pada stwierdzenie, iż przedstawiona oferta oparta jest na kalkulacji wg cen rynkowych co możliwe jest do zweryfikowania poprzez przedstawienie ofert podmiotów nawet wskazanych w ofercie tj. GZUK Sp. z o.o. Ostrów. Odwołujący zastanawia się na jakiej podstawie można stwierdzić, że popioły z gospodarstw domowych można odbierać pod kodem 200399, co jest nie prawdą. Jeżeli zachodzi sytuacja braku właściwego segregowania odpadów u źródła tj.

poprzez mieszkańców powinny one być zakwalifikowane jako odpad o kodzie 200301 - niesegregowane(zmieszane) odpady komunalne. Odwołujący podkreślił stanowisko Ministerstwa Klimatu i Środowiska oraz Podkarpackiego Urzędu Marszałkowskiego w temacie klasyfikacji odpadów popiołów pochodzących z palenisk domowych, z którego można wywnioskować, iż popioły z palenisk domowych winny być odbierane pod kodem 200199 — inne nie wymienione frakcje zbierane w sposób selektywne z dopiskiem EX.POPIOLY Z PALENISK DOMOWYCH (w załączeniu). Dodatkowo nielogiczne staje się stwierdzenie Wykonawcy, iż: „Chcielibyśmy również podkreślić zagadnienie ilości odpadów (popiołów) podanych w SWZ gdzie nie jest określone pod jakim kodem wykazane ilości popiołów odebrane z gospodarstw domowych zostały przekazane na instalacje są.” Dodatkowo, w ostatnim zdaniu oferent przewiduje przekazywanie części odpadów popiołów (nie wiadomo jakiej) pod kodem 200399 czyli w cenie 2000,00 pln/Mg w miejsce ceny 5,00 pln/Mg. Uzasadnienie do powyższego naruszenia stanowi opinia Kancelarii Zamówień Publicznych J.S.

W dniu 29 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 13 września 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię wniesionego odwołania. W dniu 15 września 2021 r. wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe EcoTech K.W. w Stopnicy z siedzibą w Stopnicy zgłosił do Prezesa Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Do przystąpienia nie zostały jednak dołączone dowody przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu. Zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.” W dniu 30 września 2021 r. na posiedzeniu Odwołujący podniósł, że kopię zgłoszonego przystąpienia otrzymał na chwilę przed odbyciem posiedzenia w sprawie. Podobnie stwierdził Zamawiający. Powyższe okoliczności potwierdził pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie wykonawcy. Mając na względzie dyspozycję art. 525 ustawy pzp, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe EcoTech K.W. w Stopnicy z siedzibą w Stopnicy do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba nie mogła uznać skuteczności zgłoszonego przystąpienia wobec nieprzesłania kopii przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy pzp, tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody Odwołującego przesłane do Izby w dniu 10 września 2021 r.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe Zamawiającego o przesłuchanie w charakterze świadka pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie, który stawiał się na posiedzenie na okoliczność treści umowy załączonej przez EcoTech do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba stwierdziła, że okoliczności które miałyby zostać wykazane wynikają ze znajdującego się w aktach postępowania dowodu z dokumentu - umowy załączonej do złożonych wyjaśnień, a jego przeprowadzenie prowadziłoby wyłącznie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy pzp Izba wskazuje, że podniesiony zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony z uwagi na następujące okoliczności.

Na wstępie Izba zaznacza, że zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy pzp odwołanie zawiera m.in.: „7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się

niezgodność z przepisami ustawy (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych

okoliczności.” Podkreślić należy, że odwołanie nie może mieć ogólnego charakteru, a zarzuty odwołania powinny zostać sformułowane w sposób konkretny i precyzyjny, wskazujący wyraźnie czynność czy też zaniechanie zamawiającego, w której odwołujący upatruje naruszenia przepisów prawa, a także sposób ich naruszenia. Ponadto, z odwołania powinno wynikać żądanie odwołującego co do oczekiwanego rozstrzygnięcia. Co więcej, przywołanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, a uzasadnienie podniesionych zarzutów musi przedstawiać okoliczności prawne i faktyczne powiązane ze sprecyzowanym naruszeniem. Precyzyjne określenie zarzutów i żądań odwołania jest o tyle istotne, że po terminie na jego wniesienie nie jest dopuszczalne doprecyzowanie zarzutów, czy też powoływanie nowych, nie wskazanych w odwołaniu. Niewątpliwie, prawidłowo sformułowane odwołanie ma szczególne znaczenie dla zamawiającego oraz uczestników postępowania odwoławczego, gdyż determinuje właściwe odniesienie się do kwestionowanych czynności i zaniechań, czy też umożliwi zamawiającemu ustalenie stanowiska procesowego, w tym ewentualnego uwzględnienia stawianych zarzutów. Oczywiście błędna kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności nie przesądza jeszcze o nieprawidłowej konstrukcji odwołania, ponieważ Izba dokonuje subsumcji stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Powyższe jest jednak możliwe wyłącznie jeśli uzasadnienie faktyczne odwołania zostało przedstawione wyczerpująco i w sposób pozwalający na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które odwołujący kwestionuje. Oznacza to, że Izba nie może domniemywać treści nieskazyanych wyraźnie w zarzutach, żądaniach i uzasadnieniu odwołania, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym. Granice rozstrzygnięcia określa art. 555 ustawy pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niedopuszczalne jest zatem rozstrzygnięcie, które wykracza poza treść zarzutu.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że omawiany zarzut odwołania nie spełniał wymagań ustawowych, w konsekwencji czego nie mógł zostać uwzględniony. Izba zauważa, że Odwołujący w petitum pisma podniósł naruszenie art. 128 ust. 1, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył m.in. 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. Uzasadnienie przyniesienia zarzutu zostało natomiast przedstawione w sposób chaotyczny, niezrozumiały i nieprecyzyjny. Odwołujący przytacza kilka niepowiązanych ze sobą okoliczności faktycznych, na podstawie których czyni różne rozważania. Uzasadnienie nie uwzględnia pełnego stanu faktycznego sprawy, w tym odniesienia do podmiotowych środków dowodowych, które EcoTech złożyło w postępowaniu. Na podstawie tak przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych niemożliwe jest ustalenie w jakiej czynności czy też zaniechaniu Zamawiającego Odwołujący upatruje naruszenia. Co więcej, nie zostało sprecyzowane jakie konkretnie przepisy ustawy pzp naruszył Zamawiający i w końcu, jakie są żądania Odwołującego co do rozstrzygnięcia podnoszonego zarzutu. Odwołujący przedstawia w tym zakresie w treści odwołania rozważania własne stosując stwierdzenia: „W tym wypadku zamawiający ma możliwość wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, nie mniej jednak ciężko jest ocenić czy taki brak informacji nie czyni złożenia oferty niezgodnej z dokumentami zamówienia”, „zastosowanie podstawy odrzucenia oferty z art. 226.1.5 (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia) konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie ta niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega”, „Nie mniej jednak niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny”, „Warto dokładnie zapoznać się z argumentacją dotyczącą w tym wypadku podstawą do odrzucenia oferty.” Odwołujący czyni w uzasadnieniu odwołania luźne dywagacje w zakresie możliwych czynności czy zaniechań Zamawiającego. Tak opisanych okoliczności faktycznych i prawnych, przedstawiających jakiś proces myślowy Odwołującego nie można uznać za precyzyjne i konkretne określenie czynności i zaniechań Zamawiającego, w których Odwołujący upatruje naruszenia określonych przepisów ustawy. Izba nie mogła dokonać subsumcji stanu faktycznego pod daną normę prawną w sytuacji, gdy stan faktyczny został przedstawiony chaotycznie, w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a żądania Odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania w tym zakresie nie zostały w ogóle sformułowane. Niemożliwym jest wywieść z treści odwołania, czy Odwołujący domaga się wyjaśnienia treści oferty EcoTech, wyjaśnienia czy też uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych czy też definitywnego odrzucenia oferty za niezgodność z dokumentami zamówienia, a więc jaki jest właściwie zarzut odwołania. Każde z tych żądań opiera się na odmiennych czynnościach czy też zaniechaniach zamawiającego i wymaga przytoczenia konkretnych okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie. Izba nie może czynić domysłów, jakie były rzeczywiste intencje Odwołującego przy formułowaniu zarzutów. Wskazanie wyłącznie na niewłaściwe zbadanie i ocenę oferty EcoTech nie stanowi faktycznego przedstawienia, które czynności czy zaniechania Zamawiającego stanowią w ocenie Odwołującego naruszenie określonych przepisów ustawy pzp. Ponadto, Izba z przyczyn wskazanych w rozważanych prawnych nie mogła również uwzględnić doprecyzowania zarzutu i przytaczania zarzutów nowych prezentowanych przez Odwołującego na rozprawie. Brak wyraźnego i konkretnego postawienia zarzutu musiał niewątpliwie skutkować oddaleniem odwołania w tym zakresie. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl Rozdziału XII SWZ: OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY: „1. Cena ofertowa brutto ma uwzględnić cały zakres przedmiotu zamówienia ustalony w SWZ i w opisie przedmiotu zamówienia. 2. W formularzu ofertowym (zał. nr 9 do SWZ) należy podać cenę ofertową ogółem brutto z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku. 3. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w wycenie zamówienia obciążają Wykonawcę — musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z tym wymagane jest od wykonawców szczegółowe sprawdzenie warunków wykonania zamówienia i skalkulowanie ceny oferty z należytą starannością. (...) 6. Wyliczona cena brutto oferty będzie służyć do porównania złożonych ofert.”

W myśl załącznika nr 10 do SWZ par. 3 ust. 1: „Wynagrodzenie za realizację usługi stanowi ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów (udokumentowanej kartami przekazania odpadów komunalnych) wyrażonej w Mg oraz poniższych cen jednostkowych - zgodnie z ofertą z dniar.”

Zgodnie z protokołem prowadzonego postępowania Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę: 3 009 000,00 zł brutto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu zostały złożone trzy oferty: oferta

Odwołującego na kwotę: 2 501 693,94 zł, oferta EcoTech na kwotę: 2 110 134,51 zł oraz oferta Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. (dalej: „PGO”) na kwotę: 2 658 889,80 zł.

Zgodnie z formularzami ofertowymi wykonawcy zaoferowali następujące ceny jednostkowe netto za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów:

Tabela 1: 20 03 01 - Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 1440,000 Mg, cena EcoTech: 1000 zł, cena Odwołującego: 898,00 zł, cena PGO: 959,00 zł, 15 01 02 - Opakowania z tworzyw sztucznych, 336,000 Mg, cena EcoTech: 900 zł, cena Odwołującego: 950,00 zł, cena PGO: 940,00 zł, 15 01 07 - Opakowania ze szkła, 352,000 Mg, cena EcoTech: 480 zł, cena Odwołującego: 250,00 zł, cena PGO: 400,00 zł, 15 01 01 - Opakowania z papieru i tektury, 72,000 Mg, cena EcoTech: 10 zł, cena Odwołującego: 850,00 zł, cena PGO: 900,00 zł, 20 02 01 - Odpady ulegające biodegradacji, 18,000, cena EcoTech: 600 zł, cena Odwołującego: 750,00 zł, cena PGO: 650,00 zł, 20 01 99 - Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny, 392,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 690,00 zł, cena PGO: 700,00 zł, 20 03 99 - Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach, 1,000 Mg, cena EcoTech: 2000 zł, cena Odwołującego: 898,00 zł, cena PGO: 2000,00 zł.

Tabela 2: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - szkło, 13,500 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 300,00 zł, cena PGO: 380,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpady z tworzyw sztucznych, 28,500 Mg, cena EcoTech: 5zł, cena Odwołującego: 750,00 zł, cena PGO: 890,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - opakowania wielomateriałowe, 1,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 750,00 zł, cena PGO: 890,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - metale, 0,200 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 0,00 zł, cena PGO: 500,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpady papieru, 15,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 600,00 zł, cena PGO: 880,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpady komunalne ulegające biodegradacji (w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji), 19,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 650,00 zł, cena PGO: 600,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - zużyte baterie i akumulatory, 0,100 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 0,00 zł, cena PGO: 100,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, 17,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 350,00 zł, cena PGO: 200,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - meble i inne odpady wielkogabarytowe, 155,000 Mg, cena EcoTech: 100 zł, cena Odwołującego: 1 050,00 zł, cena PGO: 980,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpady budowlane i rozbiórkowe, 31,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 700,00 zł, cena PGO:

840,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - zużyte opony, 36,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 600,00 zł, cena PGO: 650,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - żużle z domowych palenisk, 12,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 750,00 zł, cena PGO: 650,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - przeterminowane leki i chemikalia, 0,250 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 6 600,00 zł, cena PGO: 8000,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, 0,100 Mg, cena EcoTech: 5 zł, cena Odwołującego: 6 600,00 zł, cena PGO: 8000,00 zł.

Pismem z dnia 29 lipca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy pzp zwrócił się do EcoTech z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonych cen jednostkowych i wskazania dowodów w zakresie wyliczenia ich wartości. Zamawiający żądał wyjaśnień w odniesieniu do Tabeli 1: 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury, 72,000 Mg, cena EcoTech: 10 zł oraz 20 01 99 - Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny, 392,000 Mg, cena EcoTech: 5 zł. Natomiast w zakresie Tabeli 2 odnośnie cen jednostkowych 5 i 10 zł.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2021 r. EcoTech złożyło następujące wyjaśnienia: „1. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziły zaoferowane wartości/ceny za poszczególne części składowe, które Zamawiającemu wydały się rażąco niskie. Zwracamy uwagę, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową (tak KIO w wyroku z dnia 27 maja 2013 r.; sygn. akt KIO 1068/13). Co więcej, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 sierpnia 2012 roku (sygn. akt KIO 1762/12) nawet gdyby poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegały od cen rynkowych i były zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty. 2. Zaoferowane przez Wykonawcę stawki wynikały wprost ze skrupulatnie przeprowadzonych wyliczeń, podpartych wieloletnim

doświadczeniem. Wykonawca oświadcza, że cena złożonej oferty w Postępowaniu została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich elementów koniecznych do należytego wykonania zamówienia oraz w oparciu o stawki rynkowe. Wycena kosztów została przygotowana w oparciu o przyjęte stawki, zawierające koszty transportu, utrzymania sprzętu, koszty pracy oraz zysk i ryzyko wykonawcy. Na zaoferowaną cenę wpływa wiele czynników, m.in. doświadczenie, prawidłowe relacje handlowe, wiarygodność finansowa, czy efektywna specyfika pracy. Tym samym Wykonawca miał możliwość zaoferować konkurencyjną cenę oferty przy jednoczesnym udzieleniu rękopisami należytego wykonania zamówienia oraz przy zapewnieniu wykonawcy zysku z realizacji umowy. 3. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 907/19 „inny przedsiębiorca, kalkuluje cenę w inny sposób, w oparciu o własne założenia jak wykona przedmiot zamówienia, w związku z warunkami, które posiada. Ponadto, subiektywne przekonanie co do rzeczywistości, nie może prowadzić do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego. Cena rażąco niska jest wartością nierealną, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotę i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną wytyczną, co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że każdy z wykonawców posiada indywidualne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny (...). Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o indywidualne przekonanie strony co do rzeczywistości - Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierzeń, a tym bardziej przekonania stron”. 4. Ceny jednostkowe podane w Tabeli 1 poz. oraz w Tabeli 2 w poz. 1-14 są dla P.U.H. EcoTech K.W. satysfakcjonujące. Uważam, iż zaproponowane ceny nie narażają mojego przedsiębiorstwa na straty związane z realizacją zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór wymienionych w ofercie odpadów. Wyjaśniam dalej, że P.U.H. EcoTech K.W. nawiązała współpracę ze spółką (...), która to spółka - w ramach swojej działalności - większość odbieranych odpadów, zagospodarowuje lub przetwarza. Powoduje to, że spółka (...) jest w stanie zaoferować swoim dostawcom, w tym P.U.H. EcoTech K.W., bardzo korzystne warunki współpracy w zakresie przyjmowania odpadów komunalnych. Nie bez znaczenia jest również fakt że EcoTech posiada decyzję na zbieranie większości przedmiotowych odpadów gdzie jest w stanie przetransportować je na teren swojej bazy po czym po przeładowaniu na większy środek transportu zbyć z zyskiem. 5. Jednocześnie zwracam uwagę, że stosunkowo niskie ceny jednostkowe podane w ofercie dotyczą odpadów zbieranych z PSZOK. Z doświadczenia P.U.H. EcoTech K.W. zebranego podczas wykonywania zadania na odbiór odpadów w roku 2020/2021 wynika, iż ilości podane w formularzu ofertowym znacznie odbiegają od ilości jakie zostały odebrane podczas realizacji odbiorów, tj. ilości te są zawyżone. 6. Mając powyższe na uwadze, dokonując przeliczenia i kalkulacji cen do przetargu, P.U.H. EcoTech K.W. doszedł do wniosku, iż kalkulowanie wysokich cen odbioru odpadów z PSZOK jest dla P.U.H. EcoTech

K.W. ryzykowne, a mogło by spowodować, iż złożona oferta stanie się niekonkurencyjna w stosunku do innych oferentów. 7. Nadmieniam także, iż odpady odbierane w sposób ciągły od właścicieli nieruchomości zostały wycenione według średnich cen rynkowych. 8. W załączeniu przesyłam kopię umowy zawartej pomiędzy P.U.H. EcoTech K.W. a (...) z dnia 10.06.2021 roku. Treść umowy wiele wyjaśnia i powinna rozwiązać wszelkie wątpliwości co do opłacalności wykonania zamówienia przez P.U.H. EcoTech. Podane w piśmie wyjaśnienia oraz dane innych podmiotów są tajemnicą Przedsiębiorstwa i podane są jedynie do wiadomości Urzędu Gminy Czarna. Załącznik: 1. Kopia umowy zawartej pomiędzy P.U.H. EcoTech K.W. a (...) z dnia 10.06.2021 roku”.

Jako dowód dołączono do wyjaśnień umowę ze spółką (...) z dnia 10.06.2021 r.. Izba nie przytacza treści ww. umowy ani podmiotu, z którym umowa została zawarta, jako że została ona zastrzeżona przez wykonawcę EcoTech jako tajemnica przedsiębiorstwa, której Zamawiający nie odtajnił w postępowaniu. Sama treść wyjaśnień, jak wynika z dokumentacji postępowania i co potwierdził Zamawiający na rozprawie została udostępniona Odwoływającemu.

Opinię Kancelarii J.S. złożoną przez Odwoływającego, jako opinię prywatną Izba potraktowała jak stanowisko procesowe Odwoływającego, przy czym zaznaczenia wymaga, że powieła ona rozważania poczynione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy pzp, jeżeli zaoferowana 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.

Przedmiotem sporu w odniesieniu do omawianego zarzutu była kwestia prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez EcoTech. Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia w żaden sposób nie spełniają wymagań formalnych wynikających z ustawy pzp, tym samym Zamawiający powinien uznać je za niewystarczające i w konsekwencji odrzucić ofertę EcoTech jako wykazującą rażąco niską cenę. W ocenie

Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz poczynione ustalenia faktyczne z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty EcoTech wykazywała cechy ceny rażąco niskiej. Odwołujący uzasadniał postawiony zarzut wskazując przede wszystkim, że istotne części składowe oferty EcoTech są rażąco niskie w odniesieniu do cen jednostkowych ofert pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, cen rynkowych oraz cen wskazanych przez EcoTech w postępowaniu w 2020 r.

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że cena globalna wykonawcy EcoTech nie kwalifikowała się do obowiązkowego skierowania wezwania do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. Niemniej jednak Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą w zakresie istotnych części składowych oferty w odniesieniu do cen jednostkowych m.in. 5 zł za tonę. Izba zauważyła, że argumentacja Odwołującego opierała się wyłącznie na porównaniu cen EcoTech z własnymi czy też oferty Konkurenta, przy czym nie zostały uwzględnione okoliczności wynikające ze złożonej do wyjaśnień jako dowód umowy, co doprowadziło Odwołującego do błędnych wniosków. Odwołujący na podstawie udostępnionej mu dokumentacji miał wiedzę, że taka umowa została zawarta i nie wnosił o jej odtajnienie. Izba dokonała analizy treści przedłożonej do wyjaśnień umowy zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i doszła do przekonania, że okoliczności w niej przywołane potwierdzają realność cen jednostkowych podanych przez EcoTech w złożonej ofercie. Przedmiotowa umowa została zawarta dopiero w czerwcu 2021 r., co uzasadnia dlaczego w 2020 r. EcoTech nie zaoferowało podobnych cen jednostkowych jak w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podnosił również, że oferta EcoTech nie uwzględnia inflacji, wzrostu wynagrodzeń czy sytuacji związanej z COVID-19, jednak nie przedstawił jak powyższe okoliczności powinny wpłynąć na wysokość cen podanych w ofercie. Ponadto, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób podnoszonej okoliczności co do tego jak kształtują się ceny rynkowe w zakresie poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że „odwrócony” rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku wskazania podstaw faktycznych zarzutu i przedstawienia dowodów na ich poparcie. Z dowodów złożonych przez Zamawiającego - ofert Odwołującego i EcoTech z postępowania przeprowadzonego w 2020 r. wynika, że również Odwołujący w wielu pozycjach zaoferował obecnie niższe ceny jednostkowe niż w 2020 r. Dla przykładu: Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne: cena Odwołującego obecnie: 898,00 zł, a w 2020 r.: 1280,00 zł, Opakowania z tworzywa sztucznych: cena Odwołującego obecnie: 950,00 zł, a w 2020 r.: 1130,00 zł, Opakowania ze szkła: cena Odwołującego obecnie: 250,00 zł, a w 2020 r.: 400,00 zł, Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych - zużyte baterie i akumulatory: cena Odwołującego obecnie: 0,00 zł, a w 2020 r.: 100,00 zł. Okoliczność ta stoi w sprzeczności z argumentacją Odwołującego o wzroście cen za tego typu usługi.

Zarzut Odwołującego sprowadzał się do ogólnego stwierdzenia, że cena oferty EcoTech jest rażąco niska, a wyjaśnienia niewystarczające. Jak już zostało podniesione, Odwołujący nie

wziął pod uwagę wszystkich okoliczności przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny EcoTech, w tym przede wszystkim złożonej umowy, która w sposób istotny wpływa na ceny jednostkowe zaoferowane przez EcoTech. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia czynią zadość wezwaniu Zamawiającego, a także w wiarygodny sposób uzasadniają zaoferowane ceny jednostkowe, jak i globalną cenę oferty.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podtrzymuje dotychczas poczynione ustalenia faktyczne i dodatkowo wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający wskazał: „3.2.5. Szacunkowa ilość odebranych odpadów w 2019 roku z jednego gospodarstwa domowego na jeden miesiąc z uwzględnieniem spółdzielni mieszkaniowych z terenu gminy Czarna. RODZAJ ODPADÓW KOMUNALNYCH: popiół (.) 3.3.2.5 Wymagania dotyczące pojemników i worków: - popiół - kod 200199 - pojemniki w kolorze szarym oznakowane napisem „POPIÓŁ”. (...) 3.2.6. Ilość odebranych odpadów w 2019 roku z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Czarnej. 20 01 99 Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny (.) Część II zamówienia, 3.4 Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Czarna. 3.4.1. (.) Odbiorem zostaną objęte odpady komunalne zbierane w sposób selektywny z podziałem na frakcje: popioły i żużle z domowych palenisk, kod odpadu 20 01 99.”

W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał: „Rodzaj i kod odpadów: 20 01 99 - Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny.”

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy EcoTech o: „doprecyzowanie i jednoznaczne potwierdzenie czy Państwa oferta dotyczy klasyfikowania odpadów popiołu jak przewiduje zamawiający w SWZ pod kodem 20 01 99. Zamawiający przewiduje odbiór popiołu jako masa odpadów wynosząca 392,000 Mg, a nie 1,000 Mg. Z doświadczenia i współpracy z poprzednimi wykonawcami jak również interpretacji Ministerstwa Środowiska wynika, iż wysegregowany popiół pochodzący z gospodarstw domowych jest klasyfikowany jako odpad 20 01 99. Katalog odpadów 20 01 zawiera w sobie podgrupę odpadów komunalnych segregowanych i gromadzonych selektywnie - czyli popiołu i w taki sposób Zamawiający będzie rozliczał usługę odbioru oraz zagospodarowania popiołu. Właściwe klasyfikowanie odpadów jest szczególnie istotne z uwagi na sporządzanie sprawozdań do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego, Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska, jak również prowadzenia odpowiedniej dokumentacji oraz wyeliminowania wcześniej stosowanych nieprawidłowych praktyk w tym zakresie.”

Pismem z dnia 11 sierpnia 2021 r. EcoTech złożył następujące wyjaśnienia: „W pierwszej kolejności wyjaśniam, że kwestia klasyfikacji popiołu z palenisk w gospodarstwach domowych budziła wiele wątpliwości, z tego też względu była przedmiotem wspomnianej przez Zamawiającego interpretacji Ministerstwa Środowiska. Należy jednak podkreślić, że kontrowersje budziło przede wszystkim zagadnienie, czy tego rodzaju popioły powinny być zgodnie z katalogiem odpadów (Rozporządzenie Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, Dz. U. z 2020 r., poz. 10) klasyfikowane w grupie 10 (jako żużle i popioły paleniskowe) czy też w grupie 20. W swojej interpretacji Ministerstwo Środowiska przesądziło, że chodzi tu o odpady, które powinny być klasyfikowane w grupie 20, czyli jako odpady komunalne, jednak w interpretacji Ministerstwa nie zostało przesądzone, że w każdej sytuacji musi być to kod 20 01 99. Odpady popiołu mogą więc być klasyfikowane również pod kodem 20 03 99. Dodatkowo należy wskazać, że mimo wprowadzonego na terenie gmin obowiązku selektywnej zbiórki popiołów z palenisk i kominków, zdarza się, że popioły przekazywane przez mieszkańców jako zbierane selektywnie, w dużej mierze nie spełniają wymogów pozwalających je uznać za odpad selektywnie zebrany. Przekazywane popioły najczęściej zanieczyszczone są różnymi innymi odpadami (niedopalki, odpady zielone, biodegradowalne i inne). Wówczas po dostarczeniu odpadu do instalacji odbierający nie jest w stanie zakwalifikować go jako odpad selektywnie zbierany pod kodem 20 01 99. W takiej sytuacji prawidłowym działaniem jest sklasyfikowanie odebranego popiołu zanieczyszczonego innymi frakcjami odpadów pod kodem 20 03 99 - Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach. Podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko podzielają też odbiorcy odpadów — przyjmują oni zanieczyszczone, a więc nieselektywnie zebrane popioły właśnie pod kodem 20 03 99. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że Zamawiający dotychczas, w postępowaniach dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów za wcześniejsze okresy, nie miał wątpliwości, że odpady w postaci popiołu i żużla z palenisk domowych mogą być klasyfikowane również pod kodem 20

03 99. Taką klasyfikację odpadów Zamawiający akceptował, a Wykonawca pod takim kodem odbierał i przekazywał odpady w postaci popiołu z palenisk domowych uprawnionym odbiorcom. mając na uwadze dotychczasowe stanowisko Zamawiającego, uznał, że nie było podstaw, aby stanowisko to miało się zmienić i również w niniejszym postępowaniu kierował się dotychczasowym rozumieniem tego kodu, prezentowaną przez Zamawiającego. Chcielibyśmy również podkreślić zagadnienie ilości odpadów (popiołów) podanych w SWZ gdzie nie jest określone pod jakim kodem wykazane ilości popiołów odebrane z gospodarstw domowych zostały przekazane na instalację są. Tak więc precyzując nasze stanowisko oświadczamy że w trakcie wykonywania zamówienia może mieć miejsce sytuacja gdzie nie będziemy w stanie przekazać części odpadu pod kodem 20 01 99 z przyczyn nie zależnych od nas."

Z wyjaśnień Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2017 r. złożonych jako dowód przez Zamawiającego wynika: „Popiół paleniskowy powstający w gospodarstwie domowym w związku z ogrzewaniem budynku jednorodzinnego jest odpadem komunalnym, zgodnie z definicją odpadu komunalnego zawartą w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2016 r. poz. 1987). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. poz. 1923) tego rodzaju odpady powinny zostać zaklasyfikowane w grupie 20 - Odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie. W zależności od tego, czy odpady zbierane są w sposób selektywny, czy jako odpady zmieszane, należy zakwalifikować je odpowiednio pod kodem 20 01 99 — Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny lub 20 03 01 — Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. Klasyfikowanie popiołów z palenisk domowych w podgrupie 10 01 jest niewłaściwe, gdyż podgrupa ta jest dedykowana odpadom z elektrowni i innych zakładów energetycznego spalania paliw. Zatem popioły z palenisk domowych nie powinny być zaliczane do tego rodzaju odpadów. Natomiast w celu właściwej identyfikacji tego rodzaju odpadów istnieje możliwość zastosowania kodu z oznaczeniem ex (z łaciny tłumaczone jest jako „z” — w rozumieniu część z całości) ex 20 01 99 - Popioły z gospodarstw domowych. Odnosząc się natomiast do propozycji wprowadzenia odrębnego kodu tj. 20 01 42 pod nazwą — popioły i żużle z palenisk domowych, uprzejmie informuję, że w najbliższym czasie Ministerstwo Środowiska nie planuje zmiany przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. poz. 1923). Jednocześnie należy podkreślić, że w celu ujednoczenia polskiego katalogu odpadów z przepisami decyzji Komisji 2000/532/ WE (wraz ze zmianami) ustanawiającej tzw. europejski katalog odpadów, dodawanie do ww. rozporządzenia nowych kodów odpadów, nieznajdujących odpowiednika w europejskim katalogu odpadów, powinno być ograniczone do wyjątkowych i uzasadnionych przypadków.”

W piśmie Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia sierpnia 2021 r. złożonym jako dowód przez Odwołującego wskazano: „W odpowiedzi na pismo z dnia 6.08.2021r. zawierające wniosek o wydanie interpretacji dotyczącej klasyfikacji odpadu popiołów pochodzących z palenisk domowych zbieranych w sposób selektywny od właścicieli nieruchomości zamieszkałych informuję, iż interpretacji może dokonać Organ, który ustanowił dany przepis, w tym przypadku Organ, który wydał rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów. Niezależnie od powyższego tutejszy Organ zgadza się z przywołanym w ww. piśmie stanowiskiem Ministra Środowiska z dnia 11.05.2017r. (...), iż popiół z palenisk domowych, jako że jest to odpad zbierany w sposób selektywny należy klasyfikować pod kodem 200199 — Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny. Ponadto w celu właściwej identyfikacji tego rodzaju odpadów istnieje możliwość zastosowania kodu z oznaczeniem ex (ex 20 01 99 — Popioły z palenisk domowych). Za powyższą klasyfikacją przemawiają również zapisy rozporządzenia w sprawie składowisk odpadów, w którym uwzględniono odpad o kodzie ex 20 01 99 popioły z palenisk domowych do wykorzystania jako warstwa izolacyjna na składowiskach odpadów. Niezależnie od powyższego, informuję że Pana pismo zostało skierowane do Ministra Klimatu i Środowiska w celu zajęcia stanowiska co do właściwej klasyfikacji popiołów z palenisk domowych.”

Zgodnie z pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. z Ministerstwa Klimatu złożonym jako dowód przez Odwołującego: „Selektywnie zbierany przez właściciela nieruchomości popiół paleniskowy powstający w gospodarstwie domowym w związku z ogrzewaniem budynku jednorodzinnego jest odpadem komunalnym, zgodnie z definicją odpadu komunalnego zawartą w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Na mocy rozporządzenia Ministra

Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, klasyfikuje się go pod kodem ex 20 01 99 — popioły z gospodarstw domowych. Taka klasyfikacja zalecana jest przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska co najmniej od początku funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi wprowadzonego ustawą z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, czyli od momentu kiedy gminy stały się odpowiedzialne za organizację gospodarki odpadami komunalnymi na swoim terenie. Ponadto informuję, że przeprowadzona przez

Ministerstwo Klimatu i Środowiska zmiana rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie składowisk odpadów objęła również załącznik nr 1 w zakresie przepisów dotyczących odpadów popiołów z palenisk domowych między innymi wskazując sposób ich klasyfikacji."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Na wstępie wskazania wymaga, że ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Odwołujący wywodził, iż wykonawca EcoTech zamierza realizować zamówienie błędnie klasyfikując popioły pod kodem 20 03 99 przy cenie jednostkowej wskazanej w ofercie 2000,00 zł, zamiast za cenę 5 zł wskazaną dla kodu 20 01 99. W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji czego oferta EcoTech powinna zostać odrzucona.

Odnosząc się do powyższego Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że Zamawiający w treści SWZ nie określił pod jakim kodem powinny zostać sklasyfikowane popioły zanieczyszczone. Zauważyć należy, że z pism złożonych jako dowody zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego wynika, iż co do zasady popioły odbierane są pod kodem 20 01 99, natomiast zanieczyszczone popioły powinny zostać sklasyfikowane jako Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pod kodem 20 03 01. Izba zwraca uwagę, iż z pisma wyjaśniającego EcoTech można wywieść podobne wnioski. Wykonawca EcoTech zgadza się bowiem z twierdzeniem, że generalnie popioły klasyfikowane są pod kodem 20 01 99. Zaznacza dodatkowo, że zanieczyszczone popioły nie mogą zostać w ten sposób sklasyfikowane co zostało również stwierdzone w dowodach złożonych przez Strony. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że EcoTech zamierza klasyfikować popioły niezgodnie z prawem pod kodem 20 03 99. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że dotychczasowa praktyka Zamawiającego była taka, że zanieczyszczone popioły były tak klasyfikowane, co Eco Tech brało pod uwagę w postępowaniu. Niemniej jednak w konkluzji wyjaśnień EcoTech wskazuje, że może się zdarzyć, że nie będzie mógł sklasyfikować popiołu pod kodem 20 01 99, z uwagi właśnie na ich zanieczyszczenie. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego co do przyszłej realizacji umowy przez EcoTech opiera się wyłącznie na jego przypuszczeniach, które nie mają również uzasadnienia w cenach jednostkowych zaoferowanych przez EcoTech. Jak już zostało wskazane w niniejszym uzasadnieniu realność ceny podanej dla kodu 20 01 99 została potwierdzona złożoną do wyjaśnień rażąco niskiej ceny umową. Co więcej, Izba zauważa, że w pozycji 20 03 99 cenę 2000,00 zł zaoferował również trzeci z Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Trudno zatem uznać, aby została ona celowo zawyżona. Argumentacja Odwołującego co do ewentualnej manipulacji cenami jednostkowymi w celu osiągnięcia większych zysków na etapie realizacji umowy jest także niezrozumiała w świetle złożonych przez Odwołującego dowodów, gdzie wskazano, że zanieczyszczone popioły powinny zostać sklasyfikowane jako odpady zmieszane, a więc nie za cenę 5 zł podaną przez EcoTech dla kodu 20 01 99, tylko za cenę 1000 zł, która nie obiegała od cen pozostałych wykonawców. Ponadto, okolicznością bezsporną było, że wykonawca realizując umowę klasyfikuje odpady, ale

zamawiający może tak dokonaną klasyfikację zakwestionować.

Zaznaczenia wymaga, że odrzucenie oferty, jako czynność wywołująca daleko idące negatywne konsekwencje dla wykonawcy, jest możliwe wyłącznie wtedy gdy przesłanki odrzucenia spełniły się w sposób niewątpliwy i pewny. W ocenie Izby, mając na względzie powyższe okoliczności, należało uznać że czyn nieuczciwej konkurencji nie został przez Odwołującego wykazany. Argumentacja Odwołującego opierała się na spekulacjach i przypuszczeniach co do sposobu realizacji przyszłej umowy i jako taka nie uzasadnia w ocenie Izby uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

W konsekwencji nie potwierdziły się zarzuty naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdujące swoje zakotwiczenie w okolicznościach faktycznych i prawnych pozostałych zarzutów odwołania. Podobnie naruszenie art. 83 ustawy pzp w zakresie analizy potrzeb i wymagań. Z uzasadnienia tego zarzutu nie sposób ustalić w jakiej czynności Zamawiającego Odwołujący upatruje faktycznego naruszenia dyspozycji tego przepisu. Artykuł 83 ustawy pzp stanowi o obowiązkach Zamawiającego realizowanych na etapie przed wszczęciem postępowania, które jak Izba ustaliła Zamawiający wypełnił.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:.....