

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dobczyce

przy udziale wykonawcy A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ANBUD” Firma Usługowo-Handlowa A.Z. z siedzibą w Trąbkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Dobczyce odrzucenie oferty A.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „ANBUD” Firma Usługowo-Handlowa A.Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dobczyce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Dobczyce na rzecz Małopolskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3333/21

Zamawiający - Gmina Dobczyce prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach, w terminie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r.” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 193-502945. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 2.10 w zw. z punktem 3.12 załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.Z. działający pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A.Z., zwanego dalej „Przystępującym”, mimo faktu, iż wykonawca ten wskazał w swojej ofercie (pkt 7.), że będzie przekazywał do zagospodarowania selektywnie zbierane odpady w instalacji Remondis sp. z o.o. przy ul. Półtanki 64 w Krakowie, podczas gdy w instalacji tej nie można, zgodnie z prawem, zagospodarowywać (odzyskiwać lub unieszkodliwiać) co najmniej odpadów „przetworzone leki” - poz. nr 10 „Kalkulacji ceny ofertowej”, co powoduje, że oferta tego wykonawcy (jej treść) jest sprzeczna z warunkami zamówienia, które wymagały, aby wykonawca wskazał w ofercie instalację, do której trafią odpady, w tym te zbierane selektywnie (pkt 2.10 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia), jak i w specyfikacji warunków zamówienia zostało wskazane, że objęte przedmiotem zamówienia odpady będą przekazywane do uprawnionego odbiorcy prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwienia odpadów komunalnych (pkt 3.12 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia), czy też, że wykonawcy są zobowiązani do tego, aby zagospodarowywać odpady (to jest poddać je odzyskowi lub unieszkodliwieniu) zgodnie z obowiązującym prawem (również pkt 3.12 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia), a więc mają je przekazywać do instalacji, w których zgodnie z prawem można je poddać odzyskowi lub unieszkodliwieniu. Tym samym wskazanie w ofercie w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie instalacji Remondis powoduje, że treść oferty jest sprzeczna z warunkami zamówienia - w instalacji tej nie można odzyskiwać lub unieszkodliwiać ww. odpadów ujętych w poz. 10 „Kalkulacji ceny ofertowej” (a Przystępujący taką właśnie instalację zaoferował w swojej ofercie), co też powoduje, że zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia, narusza zasady, jakie obowiązują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, m.in. zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; ewentualnie, w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu nr 1

2. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zaoferowanej ceny za następujące odpady zbierane selektywnie: papier; odpady metalu, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych; szkła; meble i inne odpady zbierane wielkogabarytowe (tj. poz. nr 2-4 oraz nr 6 „Kalkulacji ceny ofertowej”), stanowiące „istotne część składowe” ceny oferowanej przez Przystępującego, mimo iż zaoferowane przez Przystępującego kwoty w odniesieniu do ww. odpadów wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i, niezależnie, winny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z istniejącymi wymaganiami.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz przeprowadzenie ponownej oceny ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie wezwania Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie: papier; odpady metalu, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych; szkło; meble i inne odpady zbierane wielkogabarytowe (poz. nr 2-4 oraz nr 6 „Kalkulacji ceny ofertowej”), w ramach których to wyjaśnień Przystępujący winien wykazać, zgodnie z ustawą, w jaki sposób zaoferowana przez niego cena za odebranie i zagospodarowywanie ww. odpadów, bez pominięcia jakiegokolwiek elementu generującego koszty, pozwala na wykonanie wymaganych prac z uwzględnieniem zysku,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w specyfikacji warunków zamówienia, jakie odpady będą przedmiotem odbioru. W punkcie 3.1 ppkt 1 lit. i, pkt 3.2 ppkt 1 lit. g załącznika nr 8, § 2 ust. 1 pkt 1 lit. h wzoru umowy, § 2 ust. 6 pkt 1 lit. g wzoru umowy wskazał „przeterminowane leki” (wraz z chemikaliami), które wykonawcy mieli wycenić w poz. nr 10 „Kalkulacji ceny ofertowej”. Nie ma wątpliwości, że odpady te miały być objęte przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje odbiór tych odpadów i ich zagospodarowanie (poddanie odzyskowi lub unieszkodliwieniu), przy czym obowiązkiem wykonawcy jest zagospodarować odpady (poddać je odzyskowi lub unieszkodliwieniu) zgodnie z prawem. Wynika to jednoznacznie z punktu 3.12 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia, który wskazuje, że: „Odpady zebrane z terenu Gminy Dobczyce, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (poddać odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem)”. W tym celu wykonawcy mieli wskazywać w swoich ofertach (pkt 2.10 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia) „instalacje, do których trafią odebrane z Nieruchomości i z PSZOK: a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, b) odpady komunalne zbierane selektywnie, c) bioodpady”. Zgodnie z punktem 3.12 zał. nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia odpady miały być dostarczane „uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych”.

Przystępujący w swojej ofercie wskazał do odpadów zbieranych selektywnie instalację Remondis sp. z o.o. przy ul. Półłanki w Krakowie. Jednak w tej instalacji nie można zagospodarować (odzyskać lub unieszkodliwić) części z odpadów zbieranych selektywnie, objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym - gdyby przekazywać odpady do tej instalacji - nie byłyby one przekazywane do podmiotu uprawnionego, a samo zagospodarowanie odpadów w tej instalacji (o ile ktokolwiek omyłkowo by takie odpady do niej przyjął) nie byłoby zgodne z przepisami prawa. W konsekwencji Przystępujący zaoferował wykonanie usługi w sposób, w jaki zgodnie z prawem nie można jej wykonać, podczas gdy obowiązkiem, jaki ciąży na wykonawcach jest to, aby dochodzić do zagospodarowania odpadami zgodnie z obowiązującym prawem.

Wniosek, iż w instalacji spółki Remondis nie można zgodnie z prawem zagospodarować wskazanych odpadów objętych przedmiotem zamówienia wynika z tego, że zgodnie z art. 41 ust.1 ustawy o odpadach, aby móc odzyskiwać lub unieszkodliwiać odpady, konieczne jest posiadanie stosownego zezwolenia („Prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia”). Przetwarzanie zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy o odpadach, jako „procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie”. Tym

samym jedynie podmiot, który posiada stosowne zezwolenie (pozwolenie zintegrowane)

może zgodnie z prawem poddawać odpady odzyskowi lub unieszkodliwieniu. Konieczne jest zatem posiadanie przez stosowny podmiot właściwej decyzji administracyjnej, która wskazuje, w jakim zakresie takie zagospodarowywanie może mieć miejsce - w szczególności, jakie odpady mogą być w danej instalacji odbierane. W odniesieniu do instalacji przy ul. Półłanki 64 zostało wydane pozwolenie zintegrowane - decyzja Marszałka Województwa Małopolskiego z 12 września 2016 r., w którym wymienione są odpady, które mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu, wśród których nie ma „leków przeterminowanych”, które są objęte przedmiotem zamówienia (poz. 10 „Kalkulacji ceny

ofertowej"). Decyzja ta określa odpady przez podawanie tzw. kodów odpadów zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów. W ramach tego katalogu jest grupa 20. „odpady komunalne wraz z frakcjami zbieranymi selektywnie”. W grupie 20. są dwie pozycje dotyczące leków, tj. kod 20 01 31 „Leki cytotoksyczne i cytostatyczne” oraz kod 20 01 32 „Leki inne niż wymienione w 20 01 31”. Oba te kody obejmują wszelkie leki. Ani jeden, ani drugi kod nie jest wskazany w decyzji dotyczącej instalacji Remondis na ul. Półtangi 64. Również spółka Remondis odpadów komunalnych w postaci leków (kod 20 01 32) nie oddaje do własnej instalacji, ale do instalacji należącej do innego podmiotu (Geomar Recykling Sp. z o.o., przy ul. Drożdżowej 5 w Krakowie). Natomiast, gdyby mógł takie odpady (leki) oddawać we własnej instalacji, to by to robił, gdyż nie jest w jego interesie płacić innemu podmiotowi za recykling. Inne odpady (na które ma decyzję) spółka Remondis oddaje do własnej instalacji.

Zatem selektywnie zbierane odpady w postaci przeterminowanych leków (poz. nr 10 „Kalkulacji”) nie mogą być zagospodarowywane zgodnie z prawem w instalacji spółki Remondis przy ul. Półtangi 64 w Krakowie, a w konsekwencji - skoro Przystępujący wskazał, że tam właśnie będzie takie odpady zagospodarowywał - jego oferta (jej treść) jest sprzeczna z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a więc „warunkami zamówienia” w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Warunkiem zamówienia było, aby odpady trafiały do „uprawnionego” podmiotu tak, aby zagospodarowanie następowało zgodnie z przepisami (pkt 3.12 zał. nr 8): „Odpady zebrane z terenu Gminy Dobczyce, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (podać odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem)” wskazując, że wszelkie odpady mają być przekazywane „uprawnionemu” podmiotowi. Przepisy prawa wymagają, aby odzysk czy unieszkodliwianie odpadów były dokonywane wyłącznie przez podmiot mający ku temu stosowne zezwolenie (lub pozwolenie zintegrowane). Przystępujący wskazał w ofercie instalację spółki Remondis przy ul. Półtangi 64, gdzie ma mieć miejsce odzysk lub unieszkodliwienie odpadów zbieranych selektywnie, a więc m.in. tych, które są wskazane w poz. nr 10 „Kalkulacji ceny ofertowej”. Przystępujący nie jest więc w stanie zagospodarować ww. odpadów zgodnie z prawem we wskazanej przez niego instalacji.

W „Kalkulacji ceny ofertowej” wskazano 14 pozycji z różnymi grupami odpadów, a w ofercie były wskazywane instalacje dla: a) odpadów segregowanych, b) odpadów zbieranych selektywnie i c) bioodpadów (pkt 7), więc nie ma w tym zakresie żadnych niespójności - odpady zmieszane są ujęte w poz. nr 1 „Kalkulacji”, odpady selektywnie zbierane w poz. nr 2-4 i 6-14 „Kalkulacji”, a bioodpady w poz. nr 5. „Kalkulacji”.

W „Kalkulacji ceny ofertowej” wskazano do wyceny 14 kategorii odpadów. Część z nich nie ma istotnego znaczenia cenowego. Nieistotne - z punktu widzenia ceny są takie odpady jak zużyty sprzęt elektroniczny (10 ton), zużyte opony (20 ton), zużyte baterie i akumulatory (0,1 tony), przeterminowane leki i chemikalia (1 tona), odpady tekstyliów i odzieży (10 ton), odpady niekwalifikujące się do medycznych, a powstające w gospodarstwach domowych, np. igły do strzykawek i strzykawki (0,1 tony) i odpady niebezpieczne (0,5 tony). Istotnymi są

natomiast odpady niesegregowane (2.690 ton), papier (160 ton), odpady plastikowe etc. (480 ton), szkło (290 ton), bioodpady (310 ton), meble (300 ton), i odpady budowlane (120 ton). Przystępujący wskazał ceny za odbiór i zagospodarowanie (przez co należy rozumieć wszelkie czynności objęte specyfikacją warunków zamówienia w stosunku do danego odpadu) poniższych odpadów: a) papier (poz. nr 2 „Kalkulacji”) - cena (netto) 700 zł za tonę, b) tworzywa sztuczne etc. (poz. nr 3 „Kalkulacji”) - cena (netto) 900 zł za tonę, c) szkło (poz. nr 4 „Kalkulacji”) - cena (netto) 500 zł za tonę, d) meble i inne odpady wielkogabarytowe (poz. nr 6 „Kalkulacji”) - cena (netto) 1.100 zł za tonę. W sumie dało to następujące kwoty: 112.000 zł netto za papier, 432.000 zł netto za tworzywa sztuczne etc., 145.000 zł netto za szkło, 330.000 zł netto za meble i inne wielkogabarytowe.

Przystępujący zaoferował cenę netto całkowitą w wysokości 3.707.720 zł netto.

W odniesieniu do ww. kategorii odpadów mamy do czynienia z ich udziałem w wysokości ok. 27,42% (odpowiednio są to 3,02%, 11,6%, 3,9% czy 8,9%), a tym samym tak całościowo, jak i każdy z nich pojedynczo ma istotne znaczenie w całości ceny (tym bardziej, że różnica między ofertą Przystępującego a Odwołującego to ok. 111.000 zł, już więc sama cena za papier jest większa niż różnica między ofertami wykonawców). A w odniesieniu do tych czterech pozycji Przystępujący z pewnością przedstawił ceny rażąco niskie.

W poprzednim roku Przystępujący przedstawił następujące ceny netto: papier - 1.180 zł za tonę (obecnie 700 zł), tworzywa sztuczne - 1.180 zł za tonę (obecnie 900 zł), szkło - 900 zł za tonę (obecnie 500 zł), meble i inne odpady wielkogabarytowe - 1.400 zł za tonę (obecnie 1.100 zł). Istnieje możliwość znalezienia określonych „oszczędności” lub poprzednia oferta mogła być zrobiona z dużym zapasem (zyskiem), ale tak nie jest. W odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie (segregowanych) Przystępujący wskazał instalację spółki Remondis

(i tylko ją). Tak samo było rok wcześniej.

Rok wcześniej Odwołujący też oparł swoją cenę ofertową na instalacji spółki Remondis, co powodowało, że ceny te były istotnie wysokie. W tym roku Odwołujący zaproponował cenę dla Gminy Dobczyce w oparciu o inne, tańsze instalacje. Tymczasem Przystępujący przedstawił ofertę z wykorzystaniem tej samej instalacji na poziomie nawet 40% niższym niż rok temu.

Spółka Remondis ma standardowy cennik z małą możliwością negocjacji cen. Mimo tego, że Odwołujący jest dużą spółką, nie udało mu się wynegocjować, w tym do odpadów segregowanych, cen innych niż standardowe. Potwierdza to sama spółka Remondis - że wobec wszystkich wykonawców stosowany jest ten sam cennik. Standardowy cennik spółki Remondis pokazuje następujące ceny związane z zagospodarowaniem: papier - 800 zł netto, tworzywa sztuczne 800 zł netto, szkło - 600 zł netto, meble i inne odpady wielkogabarytowe - 1.200 zł.

„Kalkulacja” obejmowała nie tylko zagospodarowanie odpadów, ale także za ich odbiór (kolumna B wskazuje, że jest to cena jednostkowa netto za odebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów w zł). Także z innych punktów specyfikacji warunków zamówienia wynika, że cena ma obejmować całość przedmiotu zamówienia.

W cenie za „odbior” należy uwzględnić koszty związane z pracownikami, pojazdami, kosztami paliwa (między Dobzycami a ul. Półtangi w Krakowie jest ok. 30 km w jedną stronę, a baza Przystępującego mieści się w Trąbkach - ok. 16 km od Dobzyc, co daje ok. 100 km dziennie na pojazd).

Zamawiający musiał widzieć różnice cenowe w ofercie Przystępującego z 2020 r. i 2021 r., a mimo to nie zainteresowała go ta kwestia. Nie sposób uznać, aby Zamawiający mógł stwierdzić, że skoro Odwołujący też zszedł z ceną w porównaniu do poprzedniego roku, to wszystko jest w porządku. Zamawiający nie wie, na podstawie których instalacji Odwołujący wyliczał swoją ofertę (podał on szereg instalacji, z których zamierza korzystać). Natomiast w przypadku Przystępującego sytuacja jest oczywista.

Odpady segregowane w postaci: papieru, szkła oraz tworzyw sztucznych zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia mają być odbierane raz w miesiącu z nieruchomości jednorodzinnych i raz w tygodniu z nieruchomości wielorodzinnych, jednak, aby obsłużyć wszystkie ulice, odbiór nie jest dokonywany jednego dnia, lecz średnio przez 13-14 dni w ciągu miesiąca. Potrzebne są 3 pojazdy na każdą z frakcji. Wynika to z art. 9e ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości w gminach. Tzn. możliwe jest, aby wykonawca posiadał bardziej specjalistyczny sprzęt w postaci pojazdów z wieloma komorami, ale według wiedzy Odwołującego Przystępujący takiego nie posiada. Oznacza to co najmniej 6 osób do ich obsługi - zazwyczaj zaś w śmieciarkach są 3 osoby: dwie zajmujące się załadunkiem i kierowca. W ciągu miesiąca jest ok. 21 dni roboczych odpowiadających etatowi od poniedziałku do piątku po 8 godzin dziennie. W konsekwencji należy opłacić - w odniesieniu do spornych odpadów segregowanych - co najmniej 4 etaty (2/3 jako 13-14 dni z 20-21 dni). Jeżeli przyjąć, że Przystępujący płaci swoim pracownikom minimalne wynagrodzenie - w 2022 ma ono wynosić 3.010 zł brutto - daje to całkowity koszt pracodawcy w wysokości 3.626,46 zł. W ciągu miesiąca daje to kwotę 14.505,84 zł.

W ramach 12 miesięcy wykonawca ma odebrać 930 ton standardowych odpadów segregowanych (papieru 160 ton, tworzyw sztucznych 480 ton, szkła 290 ton), co daje 77,5 tony na miesiąc. Kwota 14.505,84 zł podzielona przez 77,5 daje około 187 zł na tonę. W konsekwencji na każdą z ton 187 zł to same koszty osobowe przy wyliczeniu 2 osób na pojazd.

Przyjmując koszty paliwa na poziomie 5 zł za litr oraz 2 pojazdy mniejsze (DMC 3,5 tony, które są w stanie przewieźć maksymalnie około tony odpadów), które spalają 15 litrów na 100 km i jeden większy (DMC 18 tony), który spala ok. 60 litrów na 100 km - daje to 90 litrów na dzień pracy, czyli 450 zł dziennie (pojazd musi dziennie przejechać ok. 100 km). Przy 14 dniach pracy daje to 6.300 zł na miesiąc netto. W konsekwencji 6.300 * 77,5 tony to 81 zł netto za paliwo, jakie należy doliczyć do każdej tony. Łącznie zatem z wynagrodzeniem (minimalnym) pracowników, to kwota 268 zł netto do każdej odbieranej tony. Nie są to wszystkie koszty (w postaci kosztu pojazdów, koszty zarządcze, koszty bhp etc.).

Pokazuje to jednoznacznie, że Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną albo jego zamiarem jest wykonywać zadanie z naruszeniem reguł, np. oddawanie odpadów nie do zagospodarowania w instalacji, gdyż za wskazane wynagrodzenie, przy tej instalacji, Przystępujący nie ma możliwości wykonania usługi bez straty. Z całą pewnością zaoferowana cena musi budzić istotne wątpliwości, zatem spełniły się obie przesłanki wskazane w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji konieczne jest, w sytuacji braku uwzględnienia zarzutu nr 1, wezwanie Przystępującego do wyjaśnień

w zakresie istotnych elementów (istotnych części składowych) oferty.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że zarzuty zawarte w odwołaniu należy uznać za spóźnione. W szczególności nieuzasadniony jest zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej z warunkami zamówienia, które były zupełnie inne aniżeli te, jakie usiłuje udowodnić Odwołujący. Zarzut ten został zresztą wadliwie skonstruowany („co też powoduje, że zaniechanie odrzucenia oferty Remondis, jako takiej, której treść jest sprzeczna z SWZ”). W ocenie Zamawiającego wadliwe określenie adresata formułowanych zarzutów godzi w zasadę obiektywizmu i profesjonalizmu. Odwołujący nie wykazał jakkolwiek, na czym rzekoma niezgodność polega.

W odniesieniu do spóźnionych zarzutów Zamawiający wskazuje, że 14 października 2021 r.

udzielił wyjaśnień do treści specyfikacji warunków zamówienia w odpowiedzi na pytania

Odwołującego. W zadanych pytaniach Odwołujący żądał zmiany treści specyfikacji

warunków zamówienia w taki sposób, aby zmienić warunki udziału w postępowaniu

w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający w wyjaśnieniach z 14 października 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 nie wyraził zgody na zmianę warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału ukształtowano w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem aktualnej sytuacji rynkowej. Odwołujący mógł wnieść środek ochrony prawnej od takiego rozstrzygnięcia, a jeśli nie wniósł odwołania, to na obecnym etapie podnoszenie zarzutów w tej mierze jest działaniem niedopuszczalnym, spóźnionym i nieuprawnionym.

Zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny nie został również udowodniony, gdyż choćby proste działania arytmetyczne dowodzą braku podstaw do możliwości postawienia takiego zarzutu i spełnienia warunków ustawowych. Odwołujący pominął, że w postępowaniu złożono dwie porównywalne cenowo oferty. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że przy ustalonym wynagrodzeniu o charakterze ryczałtowym bez większego znaczenia są jego elementy składowe, które w przedmiotowym przypadku w zakresie łącznej ceny oferty nie przekroczyły limitów ustawy Prawo zamówień publicznych obligatoryjnie nakładających obowiązek badania możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zarzuty Odwołującego nie są niczym potwierdzone i nie zostały udowodnione. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zaoferowanych cen, tym bardziej że różnica pomiędzy obydwooma ofertami wynosiła 120.074,40 zł brutto - cena Przystępującego to 4.004.337,60 zł, a Odwołującego to 4.124.412,00 zł. W tym zakresie brak podstaw, aby móc stwierdzić, że wystąpiła choćby hipotetyczna przesłanka skutkująca obligatoryjnym obowiązkiem wzywania Przystępującego do wyjaśnień, stąd zarzut nie powinien być w ogóle postawiony.

Jako że zarzut nr 2 postawiono wadliwie, wyłącznie na potrzeby odwołania, w konsekwencji

również w odniesieniu do zarzutu nr 1, który jest wprost sprzeczny ze specyfikacją warunków zamówienia, odwołanie powinno podlegać zatem obligatoryjnemu odrzuceniu jako wniesione przed podmiot nieuprawniony i jako spóźnione.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołanie traktować należy jako spóźnione i nieuzasadnione. Zamawiający nie wprowadził warunku udziału polegającego na wykazaniu się przez wykonawcę koniecznością dysponowania stosownymi decyzjami w odniesieniu do wszystkich kodów odpadów. Mogłoby to stanowić istotne utrudnienie zachowania uczciwej konkurencji, zwłaszcza na stosunkowo ograniczonym rynku wykonawców trudniących się odbiorem odpadów. Tym samym nie można podzielić poglądu Odwołującego, że w prowadzonym postępowaniu należało zbadać, czy wykonawca posiada zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów, w tym kwestionowanych przeterminowanych leków oraz w jakim zakresie może prowadzić taką działalność z uwzględnieniem w szczególności braku możliwości realizacji przez Remondis Sp. z o.o. z Krakowa. Proponowane przez Odwołującego podejście wykraczałoby poza postanowienia specyfikacji warunków zamówienia oraz stanowiłoby naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał przedłożenia zezwoleń i pozwoleń

w formie wpisów, ale wyłącznie w zakresie wskazanym w specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do warunków udziału. Kluczowe są tu wyjaśnienia z 14 października 2021 r. Wynika z nich jasno, że warunki udziału postawiono proporcjonalnie, tak, aby dopuścić do postępowania możliwie jak największe grono wykonawców w celu umożliwienia faktycznej konkurencji. Zapisy dotyczące realizacji były wtórne w zakresie warunków udziału. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował określonymi zezwoleniami. Wybrany wykonawca spełnił minimalne warunki udziału w postępowaniu. Zatem zezwolenie na odzysk i unieszkodliwianie odpadów należało traktować jako możliwość ewentualną, o czym świadczy uznanie za spełnionego warunku posiadania zezwoleń na transport odpadami w zakresie ustanowionym w specyfikacji warunków zamówienia. Zdaniem Zamawiającego nie było więc podstawy do żądania przedłożenia zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów w zakresie kwestionowanych przeterminowanych leków, gdyż ze specyfikacji warunków zamówienia nie wynika, że posiadanie takowego zezwolenia przez wykonawcę nie było obligatoryjnym dokumentem decydującym o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Błąd! Nie zdefiniowano

zakładkicelu zapoznania się przez Zamawiającego ze sposobem oferowanej realizacji

Błąd! Nie zdefiniowano zakładkiprzez wykonawców. Dowodzi tego w

Błąd! Nie zdefiniowano zakładki.dokumentacji

zamówienia za ewentualne uchybienia w tym zakresie. Zamawiający związany jest dokumentacją postępowania w takim zakresie, jak ustanowiono to w specyfikacji warunków zamówienia. Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie zostały zaskarżone, stąd były wiążące dla wszystkich uczestników postępowania. Tabelki w formularzu oferty zostały wypełnione niemal identycznie w zakresie struktury przez obydwu wykonawców. Bez

znaczenia są

w tym zakresie dowody powołane w odwołaniu. Zamawiający, nie stawiając wymogów zapisanych w treści zarzutów odwoławczych, nie może dokonywać zmienionej i rozszerzonej interpretacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia po otwarciu ofert, gdyż jest to

niedopuszczalne.

Zamawiający nie widzi podstaw do tego, aby kwestionować np. brak możliwości gromadzenia wskazanych odpadów - leków przeterminowanych w celu ich zebrania, przechowania, a następnie przekazania ewentualnie do spalarni czy też poddania innej rekultywacji. Prawo nie przewiduje w tej materii szczególnych ograniczeń. Zbieranie odpadów oznacza ich gromadzenie przed ich transportem do miejsc przetwarzania, stąd wstępne sortowanie czy gromadzenie, nie prowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i nie powodujące zmiany klasyfikacji w zakresie leków przeterminowanych, nie stanowi nadużycia żadnych przepisów. Odwołujący pominął fakt, że kwestionowane przez niego leki są odbierane wyłącznie z terenu PSZOK, będącego instalacją Zamawiającego. Iluzoryczna wręcz ilość tych odpadów w skali roku nie stanowi o ogólnej ocenie całej oferty. Zamawiający nie widział i nie widzi żadnych niezgodności w tym zakresie.

Zamawiający nie miał w tym zakresie żadnych uwag, stąd brak było podstaw do kwestionowania oferty w tym zakresie, czy wzywania do ewentualnych wyjaśnień, jak również ewentualnego stwierdzenia niezgodności oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia. Nie doszło też do zaistnienia żadnej z przesłanek warunkującej wezwanie do uzupełnienia dokumentów, czy też do obowiązku wezwania Przystępującego do udzielenia w tym zakresie innych wyjaśnień.

Zarzut nr 2, dotyczący zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie został również udowodniony, gdyż choćby proste działania arytmetyczne dowodzą braku podstaw do możliwości postawienia takiego zarzutu i spełnienia warunków ustawowych. Odwołujący pominął, że w postępowaniu złożono dwie porównywalne cenowo oferty. Powszechnie znane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie jednoznacznie wskazuje, że przy ustalonym wynagrodzeniu o charakterze ryczałtowym bez większego znaczenia są jego elementy składowe, które w przedmiotowym przypadku w zakresie łącznej ceny oferty nie przekroczyły limitów ustawy Prawo zamówień publicznych, obligatoryjnie nakładających obowiązek badania możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zarzuty Odwołującego nie są niczym potwierdzone. Zamawiający nie miał wątpliwości, tym bardziej że różnica pomiędzy obydwiema ofertami wynosiła 120.074,40 zł brutto. Również porównanie cen jednostkowych netto obu ofert wskazuje, że ceny te są do siebie zbliżone. Oferty są porównywalne, a różnice występujące między nimi występują na skutek zadziałania mechanizmu rynkowego, jakim jest konkurencja. Zamawiający nie widzi w tym zakresie

żadnych wątpliwości.

Zamawiający jest zdania, że cenniki czy inne dokumenty dołączone do odwołania nie dowodzą faktu, że cena oferty Przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Tak daleko idące interpretacje i kalkulacje zdaniem Zamawiającego nie są uprawnione. Spółka Remondis wskazała wyraźnie, że cena podlega negocjacjom w zależności od ilości odpadów, jak też częstotliwości dostaw/odbiorów. Zarzuty w tym zakresie są zatem chybione w całości, a dowody załączone do odwołania obrazują sytuację odmienną niż to próbuje przedstawić Odwołujący.

Powolywanie się Odwołującego na zeszłoroczne ceny jest działaniem niezrozumiałym. W tamtym postępowaniu różnica między firmami wynosiła ok. 600.000 zł, obecna różnica ok. 120.000 zł dowodzi, że cena faktycznie może podlegać obniżeniu, jeżeli tylko jedna strona zechce ją obniżyć. Skoro Odwołujący mógł obniżyć cenę o ok. 600.000 zł względem zeszłego roku, to znaczy, że cenę można zarówno podnieść, jak i obniżyć. Powyższe potwierdza, że zarzut Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczny. Analiza cen może potwierdzić, że oferty zostały złożone prawidłowo, a postawiony zarzut jest niezasadny. Zarzuty zawarte w odwołaniu rozmiągają się z ich rzeczywistymi treściami, wynikającymi z wnikliwego porównania pełnej dokumentacji postępowania, stąd odwołanie podlegać powinno albo odrzuceniu, albo oddaleniu w całości.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca A.Z. działający pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A.Z..

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Podniósł, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast przepis ten jasno wskazuje na wysokość ceny lub kosztu, co pomija Odwołujący i nie zarzuca, że całość ceny jest zaniżona, lecz odnosi się do części składowych. Wykonawca rozlicza się z Zamawiającym od tony odpadów, więc element kosztorysowy jest tu istotny. Z pisma spółki Remondis wynika, że ceny podawane w cenniku nie są sztywne, a spółka Remondis nie wyklucza udzielenia rabatu, przy czym rabat 2-15% jest na pewno, a inny być może w zależności od ilości i jakości odpadów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie porównał poszczególne pozycje pomiędzy ofertami Odwołującego i Przystępującego. Pozycja nr 9 i 13 u Przystępującego są droższe - każdy wykonawca poszukuje takich możliwości biznesowych, jakie są. Konsekwencją bycia dużym przedsiębiorcą jest ponoszenie dużych kosztów stałych, natomiast u Przystępującego średnioroczne zatrudnienie to 15 osób. Tam, gdzie wykonawca mógł obniżyć koszty zmienne, to obniżał. Przystępujący posiada aneks do umowy ubiegłorocznej ze spółką Remondis, który gwarantuje mu niższe koszty niż wskazane przez Odwołującego. Przystępujący w ubiegłym roku przyjął, że ceny będą rosły, ale nie rosły i od zeszłego roku cennik się nie zmienił. Przystępujący miał oszczędności w ubiegłym roku, więc zakupił w tym roku nowy sprzęt za gotówkę, więc nie ma kredytów. Nie ma też dużych kosztów zarządu. Zużycie paliwa wyliczone przez Odwołującego w odwołaniu jest dwukrotnie zawyżone. Przystępujący posiada pojazdy EURO 4 i EURO 5, więc zużycie paliwa nie jest tak duże. Wskazał przykładowo, że instalacja Remondis przyjmuje mu szkło z kosztami zagospodarowania 100 zł za tonę.

Jeśli chodzi o zagospodarowanie leków wskazał, iż z oświadczenia spółki Remondis wynika,

że spółka nie może przyjąć tych odpadów do zagospodarowania, natomiast może zebrać te odpady, więc jeśli ktoś jej przekaze, to może je odebrać, a potem przekazać do instalacji, co jest lege artis. Zauważa, że system wykonania zamówienia nie musi być dwustopniowy, tj. odbiór z transportem i przekazanie bezpośrednio do instalacji, może się odbyć również przy

zastosowaniu pośredników.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, z którym elementem specyfikacji warunków

zamówienia oferta jest niezgodna. Przekazanie do instalacji jest to faza realizacji

zamówienia, a nie ofertowania. W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający podał

dane historyczne odbioru odpadów w gminie w latach 2018-2020, z których wynika, że w latach 2018-2020 nie odebrano żadnej ilości przeterminowanych leków, natomiast w 2021 r. Przystępujący odebrał ok. 10 kg za cały rok, które następnie przekazał do instalacji spółki

Geomar. Odpad ten nie jest odpadem realnie występującym, dlatego nie można ofercie zarzucić niezgodności ze specyfikacją warunków zamówienia, bo Zamawiający takiego odpadu nie wyspecyfikował jako realnie występującego.

W decyzji z 29 lipca 2014 r. wraz ze zmianą z 27 listopada 2015 r., dotyczącej spółki

Remondis, wskazano kod 20 01 32 oraz zawarto informacje o sposobie magazynowania odpadów niebezpiecznych. Jeżeli są one przechowywane zgodnie z decyzją, to mogą być przechowywane przez Remondis do 3 lat. Przystępujący ma podpisaną umowę ze spółką Remondis na wszystkie odpady objęte zamówieniem i w ubiegłym roku też tak było. To, że

w tym roku odpad ten odebrała spółka Geomar, była to kwestia biznesowa.

Z punktu 2.10 specyfikacji warunków zamówienia wynika, że wykonawca miał wskazać instalacje, do których trafiały selektywnie zbierane odpady, leki mieszczą się w tym zakresie.

Natomiast punkt 3.12 specyfikacji warunków zamówienia dotyczy fazy realizacji zamówienia. W punkcie tym wskazano „między innymi”, że jest to poddawanie odzyskowi lub

unieszkodliwienie, zatem są dopuszczalne inne możliwości. W odwołaniu wskazano właśnie na odzysk lub unieszkodliwienie, co wskazuje na to, że Odwołujący nie wziął pod uwagę możliwości oddania do innej instalacji, a także tego, że może dostarczyć leki do pośrednika. Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, więc Izba ma obowiązek rozstrzygnąć, czy na podstawie oferty Zamawiający powinien był poprosić o wyjaśnienia z art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jego zdaniem Zamawiający na etapie badania oferty nie znał i nie mógł znać dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, więc mógł posługiwać się elementem porównawczym ofert. Dlatego zarzut zasługuje na oddalenie.

Przedmiotem zamówienia jest generalnie odbiór odpadów, a spór dotyczy tego, czy pod pojęciem „zagospodarowania” należy rozumieć pojęcie przetwarzania, tj. odzysk lub unieszkodliwienie, w tym przygotowywanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwienie. Zamawiający nie określił, że wykonawca ma być odbiorcą, który przetworzy te odpady.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że odwołanie jest spóźnione i powołując się na wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia z 14 października 2021 r., dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Izba odniosła powyższe do przesłanki wskazanej w art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie, tj. terminu 10 dni wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a lub ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy jednak zauważyć, że odwołanie w ogóle nie dotyczy wskazanej przez Zamawiającego kwestii wnioskowanej zmiany specyfikacji warunków zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, lecz odnosi się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym wniosek Zamawiającego w sposób oczywisty jest niezasadny.

Podobnie jeśli chodzi o przywołanie w treści odwołania nazwy „Remondis”. Rzeczywiście, w jednym miejscu odwołania taka nazwa została powołana zamiast wskazania nazwy

Przystępującego, jednak w oczywisty sposób jest to omyłka pisarska i nie ma wpływu na możliwość ustalenia istoty zarzutów podniesionych w odwołaniu. Pomimo powyższego całokształt treści odwołania - zarówno postawione zarzuty, jak i ich uzasadnienie - wskazują jednoznacznie, do jakiej czynności i jakich okoliczności odnosi się Odwołujący, co czyni odwołanie możliwym do rozpoznania. W związku z tym Izba stwierdziła, że powyższy błąd

w tekście odwołania nie stanowi powodu jego odrzucenia.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia i treść oferty Przystępującego nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 2.10 w zw. z punktem 3.12 załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 16 pkt 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 226 ust. 1 pkt 5: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 224 ust. 1: 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.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z punktem 2.10 w zw. z punktem 3.12 załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Jak wynika z § 1 ust. 1 projektu umowy, przedmiotem zamówienia jest:

1) świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych:

a) powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe, i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce, zwanych dalej wspólnie „Nieruchomościami”,

b) pochodzących z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, adres 32-410 Dobczyce, ul. Jagiellońska 45a, zwanego dalej „PSZOK”

2) wyposażenie Nieruchomości w odpowiednie pojemniki i worki.

2. Usługi, o których mowa w ust. 1 pkt 1 Wykonawca jest zobowiązany świadczyć zgodnie z obowiązującymi przepisami, w sposób zapewniający osiągnięcie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, uwzględniając regulacje zawarte w:

1) ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.),

2) ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 888),

3) rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530),

- 4) rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz.U. z 2017 r. poz. 2412),
- 5) rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 10 maja 2021 r. w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. poz. 906),
- 6) rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 r. poz. 122)
- 7) Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Dobczyce przyjętego uchwałą Rady Miejskiej w Dobczycach Nr XXV/209/2020 z dnia 2 września 2020 r., zwanym dalej „Regulaminem”.

Zgodnie z § 1 ust. 9 projektu umowy „odpady odebrane z Nieruchomości i z PSZOK zostaną przekazane do następujących instalacji: a) Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne: ..., b) odpady komunalne zbierane selektywnie: ..., c) bioodpady: ...

Zgodnie z załącznikiem nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia pkt 2 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” pkt 3.1. ust. 1 i 2 wykonawca podczas realizacji usługi jest zobowiązany w szczególności do: 1) odbioru i zagospodarowania całej ilości wytworzonych na Nieruchomościach następujących frakcji odpadów komunalnych... i 2) zagospodarowania odpadów odebranych z Nieruchomości z uwzględnieniem obowiązujących przepisów w tym postępowania z odpadami zgodnie z hierarchią, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz wykonawca jest zobowiązany do: 1) odbioru i zagospodarowania pochodzących z PSZOK w Dobczycach odpadów komunalnych następujących frakcji. i 2) zagospodarowania odpadów odebranych z PSZOK z uwzględnieniem obowiązujących przepisów w tym przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów lub do instalacji zastępczych, o których mowa w § 1 ust. 9 umowy, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Podobnie w punkcie 3.12 załącznika nr 8 wskazano, że „Wykonawca ponosi całkowitą odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odebranymi odpadami zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalnoprawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Odpady zebrane z terenu Gminy Dobczyce, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (podać odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem), w tym przekazywać do regionalnych lub zastępczych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych zmieszane odpady komunalne, bioodpady oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.”

Zgodnie z punktem 3.14 ppkt 1 wykonawca jest zobowiązany do przekazywania Zamawiającemu w terminie do 31 stycznia sprawozdania za poprzedni rok kalendarzowy, które zawiera m.in. informację o masie poszczególnych rodzajów odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych oraz sposobie zagospodarowania tych odpadów, wraz ze wskazaniem nazwy i adresu instalacji, do których zostały one przekazane.

W punkcie 2.10 Zamawiający wymagał: „W ofercie Wykonawca wskaże instalacje, do których trafią odebrane z Nieruchomości i z PSZOK: a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, b) odpady komunalne zbierane selektywnie, c) bioodpady.”

W formularzu oferty Zamawiający zawarł tabelę „Kalkulacja ceny oferty”, w której przewidział m.in. poz. nr 10 „przeterminowane leki i chemikalia”, w której w kolumnie „Szacowana ilość odpadów komunalnych w Mg do odebrania i zagospodarowania z terenu Gminy Dobczyce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z PSZOK w 2021 r.” - 1 [Mg]. (przy czym chodzi tu o odbiór w 2022 r.).

Jednocześnie w punkcie 7. formularza oferty Zamawiający przewidział deklarację: „7. Odpady odebrane z Nieruchomości i z PSZOK zostaną przekazane do następujących instalacji: a) Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne: ... b) Odpady komunalne zbierane selektywnie: ... c) Bioodpady: ...”, którą Przystępujący wypełnił następująco:

„7. Odpady odebrane z Nieruchomości i z PSZOK zostaną przekazane do następujących instalacji:

- a) Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne: Remondis Sp. z o.o. ul. Półtangi 64,30-740 Kraków
- b) Odpady komunalne zbierane selektywnie: Remondis Sp. z o.o. ul. Półtangi 64,30-740 Kraków
- c) Bioodpady: Firma Usługowo-Handlowa KOP-EKO K.T., Zalesiany 1, 32-420 Gdów."

W punkcie 5. formularza oferty Przystępujący wskazał, że prace wynikające z niniejszej umowy wykona siłami własnymi, bez udziału podwykonawcy.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przez co, w kontekście definicji pojęcia „gospodarowania odpadami” zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.) - zgodnie z którą w zakres pojęcia wchodzi zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami - należy rozumieć odbiór odpadów z nieruchomości i PSZOK, ich transport do instalacji oraz przekazanie do tej instalacji w celu przetworzenia (tzw. zagospodarowania) lub, jeśli wykonawca jest właścicielem tej instalacji, także owo przetworzenie (zagospodarowanie). Pojęcie „zagospodarowania” Zamawiający wyjaśnił wprost jako „poddanie odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem”.

Nie było sporne pomiędzy Stronami i Przystępującym, że poz. nr 10 należy do zakresu podpunktu b) „Odpady komunalne zbierane selektywnie”, zatem do zakresu, dla którego należało wskazać instalację i dla którego wskazano instalację spółki Remondis przy ul. Półtangi w Krakowie. Nie było też sporne pomiędzy Stronami i Przystępującym, że użyte pojęcie „instalacja” oznacza instalację przetwarzania odpadów komunalnych w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.), a także w rozumieniu wskazanym w punkcie 3.12 załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia, tj. prowadzoną przez uprawnionego przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych - regionalną lub zastępczą instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych, bioodpadów oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (pomijając ewentualne zmiany w oficjalnym nazewnictwie takiej instalacji).

Innymi słowy, w ramach wykonania zamówienia wykonawca ma odpady powstające w gminie odebrać ze wskazanych miejsc i dopilnować, aby zakończyły swój byt zgodnie z wymaganiami prawa. Niewątpliwie w tym celu - weryfikacji, jaki będzie dalszy los odebranych odpadów i czy będzie on zgodny z wymaganiami prawa - Zamawiający wymagał, aby wykonawcy podali w ofertach instalacje, do których zostaną przekazane odpady (a przynajmniej taki powinien być jego racjonalny cel żądania owego oświadczenia). Oczywiście drugim efektem, zwłaszcza w kontekście zarzutu nr 2, jest możliwość weryfikacji ceny oferty, na którą koszt zagospodarowania odpadów w instalacji ma znaczący wpływ. Sposób zagospodarowania odpadów, tj. jak wyjaśnił Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia - poddania ich odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z obowiązującym prawem - jest kluczowym elementem świadczenia wykonawcy w tym zamówieniu, nie tylko ze względów ekologicznych, ale także dlatego, że jest on dość ściśle regulowany przepisami prawa, a z tego powodu stanowi bezpośredni cel prowadzenia rzeczowego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym kluczowe jest też, by odbyło się to w odpowiedniej instalacji, zgodnie z prawem. Zatem na etapie oferty oświadczenie dotyczące proponowanych instalacji nie jest nieznaczące i jedynie czysto „informacyjne”, lecz - jak słusznie zauważył Odwołujący - wskazuje na deklarowany sposób realizacji świadczenia i służy do weryfikacji, czy ten deklarowany sposób realizacji zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego oraz wymogami prawa. To, czy dana instalacja w trakcie realizacji umowy mogłaby zostać zmieniona na inną, to inna kwestia.

Przystępujący, wskazując powyższe instalacje, w tym instalację spółki Remondis dla odpadów zbieranych selektywnie, nie wskazał instalacji, w której wszystkie odpady z zakresu „Odpady komunalne zbierane selektywnie” mogłyby zostać zagospodarowane w sposób zgodny z prawem, tj. miejsca, gdzie w sposób zgodny z prawem mogłyby one zakończyć swój byt. Przy czym Zamawiający żądał tu wskazania „instalacji”, a więc docelowego miejsca przyjęcia odpadów do zagospodarowania (zakończenia ich bytu), a nie jakiegokolwiek pośrednika, którego podanie jeszcze nie wskazuje na końcowy los odbieranych odpadów.

Przy tym Zamawiający przewidział w pozycji nr 10 „Kalkulacji” 1 Mg odpadów i ta wielkość jest oficjalnie brana pod uwagę. Jednak nawet gdyby był to jedynie ułamek owej wielkości, nadal nie można twierdzić, by było to bez znaczenia, w jaki sposób zostanie zagospodarowane 100 kg, 10 kg lub nawet 1 kilogram odpadów (leków) i by mogło się to odbyć w sposób niezgodny z prawem.

Należy też podkreślić, że powyższa kwestia, dotycząca deklaracji zawartej w punkcie 7. formularza oferty, nie ma nic wspólnego z podnoszoną przez Zamawiającego kwestią warunków udziału w postępowaniu. Nie chodzi tu bowiem o uprawnienia wykonawcy do odbioru (transportu) czy zagospodarowania (odzysku, unieszkodliwienia) odpadów, ale o sposób postępowania z odebranymi odpadami. Nikt bowiem nie wymagał od wykonawcy - w tym Przystępującego - posiadania/prowadzenia instalacji, ale wskazania takiej (odpowiedniej) instalacji, do której trafią dane odpady.

Powyższa niezgodność oferty ze specyfikacją warunków zamówienia nie może zostać również poprawiona przez Zamawiającego w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Bowiem nawet jeśli działanie Przystępującego wynika z omyłki, Zamawiający nie ma żadnych podstaw merytorycznych, by dokonać za Przystępującego deklaracji co do wyboru instalacji. Kwestia ta najprawdopodobniej byłaby możliwa do wyjaśnienia przy zgrabnie poprowadzonych wyjaśnieniach treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez naruszenia zakazu wynikającego ze zdania drugiego tego przepisu, ale Zamawiający wyjaśnień takich nie przeprowadził.

W oparciu o powyższe Izba uznała, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut ten został postawiony jako zarzut ewentualny, zatem wobec uwzględnienia zarzutu nr 1 nie musiał być rozpatrywany, bowiem proceduralnie nie ma sensu wzywanie wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu z innych powodów, do składania dodatkowych wyjaśnień. Należy jednak stwierdzić, że argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest przekonująca. Zamawiający w swoim stanowisku oparł się jedynie na tym, że nie miał podstaw do powzięcia podejrzeń wobec oferty Przystępującego ze względu na to, że ceny obydwu ofert, w tym ceny jednostkowe za sporne frakcje odpadów, były porównywalne.

W ocenie Izby, jeśli oprzeć się jedynie na tym aspekcie - to tak. Jednak nawet jeśli takie było początkowe wrażenie Zamawiającego, to - wobec powzięcia wiedzy o innych aspektach budowania ceny oferty - nie mógł pominąć kwestii tego, na ile kosztotwórcze dla danego wykonawcy jest świadczenie danej usługi. Jak wykazał Odwołujący, Przystępujący zaoferował wykonanie usługi przy udziale instalacji prowadzonej przez spółkę Remondis i wskazał na ceny, za jakie spółka ta przyjmuje dane frakcje odpadów do swojej instalacji: opakowania z papieru i tektury 800 zł/ Mg, opakowania z tworzyw sztucznych 800 zł/Mg, opakowania ze szkła 600 zł/Mg, odpady wielkogabarytowe 1200 zł/Mg. Jest to sam koszt przyjęcia do instalacji. Nawet więc jeśli uwzględnić możliwy rabat (o nieustalonej wielkości), świadczy to o wysokim koszcie wykonania tej części usługi. Przystępujący podczas rozprawy deklarował, że ponoszony przez niego koszt jest znacznie mniejszy, ale nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów.

Oznacza to, że kwestia ta powinna zostać szczegółowo zbadana w ramach wyjaśnień poziomu ceny oferty, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż istnieją w tym zakresie wątpliwości (a przynajmniej powinny zaistnieć). Izba jednak nie nakazała wezwania Przystępującego do wyjaśnień ze względu na uwzględnienie zarzutu nr

1.

Należy też zauważyć, że Zamawiający - wbrew temu, co wskazał w odpowiedzi na odwołanie, nie przewidział ceny ryczałtowej za świadczenie usługi, lecz, jak wynika z § 16 ust. 4 projektu umowy - wynagrodzenie obmiarowe: „Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową w miesiącu obliczeniowym stanowić będzie iloczyn cen jednostkowych, o których mowa w ust. 1 i ilości Mg odpadów poszczególnych frakcji wywiezionych z Nieruchomości oraz z PSZOK określonych na podstawie zaakceptowanego

zestawienia o którym mowa w § 8 ust. 2 Umowy." Oznacza to, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji są istotne z punktu widzenia realizacji umowy, zwłaszcza przy takich ilościach odpadów danych frakcji, jakie przewidziano do wyceny - z tego samego powodu byłyby też istotne nawet przy cenie ryczałtowej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: