

WYROK

z dnia 15 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę M.K.

prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych

„DROMAR” M.K. w Stanicach w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach.

przy udziale wykonawcy:

1) Firma Usługowo Handlowa „NATEZJA” U.H., D.B. spółka jawna z siedzibą w Trachach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M.K. w Stanicach i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

M.K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M.K. w Stanicach, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od wykonawcy M.K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M.K. w Stanicach na rzecz Zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00

gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 453/22

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2022 r.” - w zakresie Zadania 6 - Oczyszczanie chodników. Nr referencyjny postępowania: ZDM-ZPU.26.17.2021.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 198-516729.

W dniu 10 lutego 2022 r. Zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 21 lutego 2022 r. wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M.K. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na niezgodnej z ustawą PZP czynności badania i oceny ofert, niezgodnej z ustawą Pzp czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Firma Usługowo Handlowa Natezja U.H., D.B. spółka jawna, ul. Raciborska 25g, 44-153 Trachy, dalej Natezja, zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Natezja, pomimo iż oferta Natezja jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ponadto Natezja nie wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska oraz że oferta Natezja złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Natezja, pomimo iż treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Natezja, pomimo iż wyjaśnienia Natezja wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: ustawą ZNK” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Natezja, pomimo iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 4) a w konsekwencji art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Natezja, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu oraz art. 16 ustawy poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Natezja,
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty Natezja,
- 5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, który stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia,

wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W komentarzu do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP UZP wskazuje: „Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: (e..) 2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, (...).”

Powyższe pozostaje w zgodności z wypracowanym na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z 2004r. orzecnictwem. Należy tu zwrócić uwagę np. na wyrok KIO 207/21, w którym Izba zawarta następujące stanowisko:

„W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, w zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty, wynikające z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są pomieszczane w SIWZ). Można zatem generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zobowiązania, którego przyjął oakuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo też na niezgodnym z SIWZ

sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Powyższe koresponduje z definicją zawartą w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, według której oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie woli składane przez wykonawcę w ofercie, ma określić istotne postanowienia umowy, która zostanie zawarta z wybranym wykonawcą.).”

Niezgodność oferty z warunkami zamówienia, skutkująca koniecznością jej odrzucenia, będzie miała zatem miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego wyrażonym np. w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także zamawianemu zakresowi przedmiotu zamówienia.

Należy także zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, iż informacje uzyskane od

wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą służyć ocenie zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odwolujący podnosi, iż w załączniku nr 5b do SWZ (będący wzorem umowy dla Zadania nr 6

- „Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni”) w § 1 i § 3 Zamawiający określił następujące warunki zamówienia:

§ 1 ust. 3 „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, Opisie Przedmiotu Zamówienia, postanowieniami umowy i złożoną ofertą będącą załącznikiem nr 2 do niniejszej umowy”;

§ 3 ust. 1 pkt 10 „ Wykonawca oświadcza, że posiada niezbędne umiejętności , wiedzę ,środki i doświadczenie do wykonania prac będących przedmiotem Zamówień częściowych i zobowiązuje się je wykonać z należytą starannością oraz niniejszą Umową, obowiązującymi przepisami prawa (...), a w szczególności do obowiązków Wykonawcy należy: (...)

10) do przestrzegania przepisów ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach w czasie realizacji prac objętych niniejszą umową.

Odwolujący wskazuje również, iż obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z przepisami prawa określono także w SOPZ dla Zadania 6 - str. 4: „ Wykonawca (..) powinien realizować wskazane zadanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (..)”

Odwolujący wskazuje, że Natezja złożyła ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem oferuje wykonanie zamówienia przy założeniach:

1. klasyfikacja odpadu z oczyszczania chodników z chwastów i namulów jako odpad o kodzie 20 02 02 oraz 17 05 04,
2. odzysk odpadu z oczyszczania chodników z chwastów i namulów w procesie R5,
3. zbieranie odpadu z oczyszczania chodników z chwastów i namulów w kontenerach bez posiadania decyzji na zbieranie odpadów, co jest niezgodne z ustawą o odpadach i nie spełnia wymagań z § 1 ust. 3 oraz § 3 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ (str. 3) na zakres zamówienia w części 6 pn. Zadanie nr 6 - Oczyszczanie chodników składa się:

- e) Usuwanie namulów polega na usunięciu wszystkich zanieczyszczeń, roślinności z utwardzonej nawierzchni korytka odwadniającego bądź rowu melioracyjnego.

Odwolujący wskazuje również, że Natezja złożyła ofertę, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia, albowiem oferuje wykonanie niepełnego zakresu zamówienia, tj. bez uwzględnienia w cenie oferty usuwania namulów. Powyższe niezgodności wynikają z treści pisma z dnia 14.12.2021 r. złożonego przez Natezja w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazuje, że Natezja w wyjaśnieniach z dnia 14.12.2021 r. stwierdza: „ Posiadając wiedzę i doświadczenie wiemy, że odpady powstające przy pracach usuwania chwastów są to tylko i wyłącznie gleba, ziemia w tym kamienie, które można zaklasyfikować jako odpady o kodzie 200202 lub 170504. Na oba te kody posiadamy odbiorcę, który w procesie R5 przetworzy je za cenę 9zł netto za Mg. (Załącznik nr 4). Odbiorca znajduje się w bardzo bliskiej odległości od siedziby naszej firmy. Odpad będzie wstępnie magazynowany w Gliwicach w kontenerze 7m3. (Załącznik nr 5)”. Odwołujący stwierdza, że biorąc pod uwagę źródło powstawania odpadów oraz sposób ich klasyfikacji określony w rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, dokonana przez Natezja klasyfikacja odpadów z oczyszczania gminnych chodników z chwastów oraz namulów (osadów nanoszony przez wodę spływającą po chodnikach) w kodach 17 05 04 i 20 02 02 jest sprzeczna z ustawą o odpadach.

Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia Należycy z dnia 14.12.2021 r. nie odnoszą się do klasyfikacji odpadu z usuwania namulów, a jedynie do usuwania przerostów (chwastów), a zatem Należycy pomija istotne źródło powstawania odpadów przy świadczeniu przedmiotowej usługi.

Odwołujący wskazuje, że w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów zostało określonych 20 grup odpadów, m.in. grupa 17 - odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych), podgrupa 17 05 - Gleba i ziemia (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych oraz urobek z pogłębiania), kod 17 05 04 - Gleba i ziemia, w tym kamienie, inne niż wymienione w 17 05 03 oraz grupa 20 - odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, podgrupa 20 02 - odpady z ogrodów i parków (w tym z cmentarzy), kod 20 02 02 - Gleba i ziemia, w tym kamienie. Określając grupę odpadów zgodnie ze źródłem ich powstawania, wyszukuje się odpowiednią podgrupę i rodzaj odpadów oraz ich kody, które są przypisane danej grupie. Oznacza to, iż każdy kod odpowiada danej podgrupie, oraz każda podgrupa odpowiada danej grupie odpadów, które to podgrupy i grupy odpowiednio bardziej i najbardziej ogólnie charakteryzują odpady według źródła powstania. Wskazuje na kod 17 05 04: Gleba i ziemia, w tym kamienie, inne niż wymienione w 17 05 03, kod 20 02 02: Gleba i ziemia, w tym kamienie. Odwołujący wskazuje, że odpady o kodzie 17 05 04 - będą to gleba i ziemia, w tym kamienie - ale wyłącznie stanowiące odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych). Podobnie odpady o kodzie 20 02 02 będą to także gleba i ziemia, w tym kamienie - ale w tym wypadku wyłącznie stanowiące odpady z ogrodów i parków (w tym cmentarzy).

Odwołujący wskazuje, że gleby i ziemi, w tym kamieni, stanowiących odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej nie można klasyfikować jako odpadu o kodzie 20 02 02. I odwrotnie gleby i ziemi, w tym kamieni, pochodzących z ogrodów i parków nie można klasyfikować w kodzie 17 05 04.

Odwołujący wskazuje, że Należycy pisząc, że odpady: „są to tylko i wyłącznie gleba, ziemia w tym kamienie” - ale pochodzące z innych źródeł niż wynika to opisu kodów 17 05 04 i 20 02 02 nie mogą być klasyfikowane w tych kodach.

Odwołujący wskazuje dalej, że odpady wytwarzane podczas sprzątania/oczyszczania gminnych ulic i placów, w tym chodników są odpadem komunalnym i zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu mają własny kod odpadów, tj. grupa 20: odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, podgrupa 20 03: inne odpady komunalne, kod 20 03 03: odpady z czyszczenia ulic i placów. Nie mogą być klasyfikowane w innym kodzie, w tym w żadnym ze wskazanych przez Należycy. Odwołujący wskazuje, że klasyfikacja odpadów jest zgodna z pkt 3 pkt 2) SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), w którym zamawiający zaklasyfikował przedmiot zamówienia jako kod CPV: 90.61.00.00 -6 - nazwa: Usługi sprzątania i zamykania ulic, dodatkowe przedmioty: kod CPV: 90.61.10.00 -3 - nazwa: Usługi sprzątania ulic, kod CPV: 90.61.20.00 -0- nazwa: Usługi zamykania ulic. Ponadto w załączniku nr 6 do

SWZ (SOPZ) - w opisie przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 6 - str.3 - zamawiający zaznacza, że usługi objęte przedmiotem zamówienia mieszczą się w zakresie PKWiU 81.29.12.0: „Zamawiający zleca wyłącznie usługi mieszczące się w zakresie PKWiU 81.29.12.0 - Usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu”. Grupowanie PKWiU 81.29.12.0 „ Usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu” obejmuje usługi: czyszczenia próżniowego pasów startowych, zamykania i polewania ulic, posypywania dróg piaskiem i solą, usuwania śniegu i lodu, łącznie z usuwaniem śniegu i lodu z dachów budynków.

Odwołujący wskazuje, że w związku z powyższym niewątpliwie w ramach zgodnego z warunkami zamówienia świadczenia przedmiotowych usług nie może być mowy o pozyskiwaniu odpadów w postaci gleby i ziemi, w tym kamieni z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych (kod 17 05 04) czy też z ogrodów i parków, w tym z cmentarzy (kod 20 02 02), gdyż takich źródeł pozyskiwania odpadów przedmiot zamówienia nie dotyczy.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający był świadomy, iż właściwą klasyfikacją odpadów powstających w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia jest kod 20 03 03, albowiem tak je klasyfikował we wcześniejszych zamówieniach obejmujących ten sam przedmiot. Powołuje się na postępowanie: „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2018 - 2020 r.”. Zamawiający wskazał:

2.Ochrona środowiska w czasie wykonywania robót. Wykonawca ma obowiązek stosować się podczas wykonywania robót do przepisów ustawy prawo ochrony środowiska oraz Ustawy o odpadach. (....)

c) Wywóz zebranych w wyniku realizacji umowy zanieczyszczeń powinien odbywać się na legalnie działające składowisko odpadów. Wykonawca musi posiadać:

- zezwolenie na transport odpadów o kodzie 20 03 03: „Odpady z czyszczenia ulic i placów”,
- zezwolenie na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 03: „ Odpady z czyszczenia ulic i placów” (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 09.12.2014 r.).

Odwołujący wskazuje, że powyższe jest istotne także z tego względu, iż w wyniku powyższego postępowania, Natezja realizował usługę w zakresie oczyszczania chodników: Zadanie nr 2 - Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni”, (umowa 156/2018 - powołana w wyjaśnieniach Natezja z 14.12.2021 r.). Tym samym Natezja doskonale wiedział do jakiego kodu należy zakwalifikować odpad z oczyszczania chodników - usuwanie chwastów i namulów.

Odwołujący wskazywał, iż nieprawidłowa klasyfikacja odpadów ma istotne znaczenie nie tylko z tego powodu, iż oznacza niezgodność oferty Natezja z warunkami zamówienia wymagającymi realizacji umowy zgodnie z ustawą o odpadach, ale także dlatego że oznacza niezgodność oferty Natezja z warunkami zamówienia poprzez nieuwzględnienie w wycenie oferty kosztów utylizacji właściwych odpadów. Te bowiem dla kodów 17 05 04 oraz kodu 20 03 03 są diametralnie różne.

Odwołujący wskazuje, że Natezja w piśmie z dnia 14.12.2021 r. wskazała, iż oferowane przez nią zamawiającemu świadczenie obejmuje odpady o kodzie 20 02 02 lub 17 05 04, na które to kody Natezja posiada odbiorcę, który w procesie R5 przetworzy je za cenę 9 zł netto za Mg.

Odwołujący w dalszej części wskazuje na art. 30 ust. 1 ustawy o odpadach. Zgodnie z powyższym procesowi odzysku R5 można poddać tylko określone rodzaje odpadów - o kodach wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy o odpadach. Aktem zawierającym te przepisy jest rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami. Odwołujący wskazuje, że w świetle tych przepisów istotnie odzyskowi R5 można poddać odpady o kodach 17 05 04 oraz 20 02 02, czego jednak nie można zrobić z prawidłowym dla przedmiotu zamówienia odpadem z czyszczenia ulic i placów.

Odwołujący dalej wskazuje, że Natezja oferuje wykonanie zamówienia w ten sposób, iż: „Opad będzie wstępnie magazynowany w Gliwicach w kontenerze 7 m3 (załącznik nr 5)”. Dodatkowo Odwołujący powołuje się w dalszej części odwołania na oświadczenie firmy US DESTELLO W. W. (załącznik nr 5): „Oświadczam, że po przeprowadzonych negocjacjach z FUH Natezja sp. j. udostępnię firmie w przypadku podpisania Umowy z Zarządem Dróg Miejskich w Gliwicach na usługę Oczyszczania chodników w Gliwicach bazę wraz z zapleczem socjalnym znajdującą się w Gliwicach na ul. Biegusa na okres trwania umowy”. Odwołujący wskazuje, że w wyniku powyższego Natezja będzie transportować odpady na teren , do którego ma tytuł prawny (umowa z US Destello) i tam będzie je zbierać do czasu uzyskania odpowiedniej ich ilości i zorganizowania ich transportu do miejsca zagospodarowania.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32) ustawy o odpadach podmiot prowadzący działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie sprzątnia/oczyszczania ulic i placów, opróżniania koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych (nie zajmujący się odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli) jest wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia tych usług - chyba że umowa o świadczenie usług stanowi inaczej. Zatem jeżeli w umowie nie ma zapisu wskazującego kto jest wytwórcą odpadów, wówczas to wykonujący usługę jest wytwórcą odpadów z mocy ustawy. Podmiot prowadzący działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie sprzątnia/oczyszczania ulic i placów jest zobowiązany posiadać

zezwolenie na zbieranie odpadów, skoro magazynuje wytworzone przez siebie odpady poza miejscem wytworzenia.

Odwolujący w dalszej części odwołania powołuje się na art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach, zgodnie z którym z obowiązku z uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów zwolniony jest wytwórca odpadów, który magazynuje odpady w miejscu ich wytworzenia. Powołuje się na art. 3 ust. 1 pkt 5 (magazynowanie odpadów) i 34 (zbieranie odpadów) ustawy o odpadach.

Odwolujący wskazuje, że skoro podmiot prowadzący działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie sprzątania/oczyszczania ulic i placów (czyli wytwarzający odpady na drogach gminnych) transportuje wytworzone przez siebie odpady poza miejscem ich wytworzenia na

teren, do którego posiada tytuł prawny, gdzie są one gromadzone do czasu zebrania odpowiedniej ilości i zorganizowania transportu tych odpadów do miejsc ich zagospodarowania, jest on podmiotem zbierającym odpady zobligowanym do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów w trybie art. 42 ustawy o odpadach. Odwołujący podnosi, że Natezja nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów, brak jest bowiem informacji w BDO (Baza danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami) o wydanych dla Natezji decyzjach zezwalających na zbieranie odpadów. Analogiczna sytuacja dotyczy firmy US DESTELLO W. W., która także nie posiada decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów do terenu przy ul. Biegusa w Gliwicach. Odwołujący dalej wskazuje, że w obliczu braku zezwolenia - oznaczałoby po stronie Natezja konieczność uwzględnienia w cenie oferty kosztów transportu odpadu po jego każdorazowym zebraniu odpadu. Takiego kosztu w wyjaśnieniach Natezja z 14.12.2021 r. nie skalkulowano.

Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, iż Natezja oferował Zamawiającemu świadczenie niespełniające warunków zamówienia w zakresie obowiązków wynikających z SOPZ i projektowanych postanowień umowy odnoszących się do wykonywania usługi zgodnie z ustawą o odpadach, oraz odnoszących się do konieczności ujęcia w wycenie oferty wszystkich wymagań Zamawiającego. Dopuszczenie przez Zamawiającego do wykonywania zamówienia na zasadach zaoferowanych przez Natezja (co zostało wyjaśnione w piśmie z dnia 14.12.2021r.) oznaczałoby więc de facto, że Zamawiający odstępuje od określonych w postępowaniu warunków zamówienia, co jest nieodpuszczalne na obecnym etapie.

Wybierając ofertę Natezja Zamawiający dokonał więc wyboru oferty polegającej na odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. W tych okolicznościach wybór oferty Natezja stanowi także bez wątpienia naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Należy przy tym podkreślić, że w związku z dotychczasowymi postępowaniami na tożsamą usługę, Zamawiający ma wiedzę, jak należy klasyfikować odpady pochodzące z wykonywania przedmiotowej usługi i jakie obowiązki po stronie wytwórcy odpadów się z tym wiążą. Wybór oferty Natezja każe więc wnioskować, iż Zamawiający świadomie godzi się na naruszenie przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwolujący wskazuje, że pismo Natezja z dnia 14.12.2021 r. nie obejmuje w ogóle wyjaśnień dotyczących kosztów wykonania usługi usuwania namulów, a odnosi się jedynie do usuwania przerostów (chwastów). W związku z powyższym Odwołujący podnosił, że zgodnie z opisem warunków świadczenia usługi zawartym w ww. piśmie, które należy uznać za interpretację zobowiązania Natezja zawartego w ofercie, oferta nie obejmuje usuwania namulów z korytek odwadniających. Odwołujący wskazuje, że zamawiający wzywając Natezja do wyjaśnień tego konkretnego elementu w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - musiałyby zawierać tłumaczenie i kalkulacje oraz dowody w tym zakresie. Stanowi to niezgodność treści oferty Natezja z warunkami zamówienia poprzez zaoferowanie niepełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 6 PZP Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia jako oferty z rażąco niską ceną oferty takiego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień — przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych — lub złożone wyjaśnienia

wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Oznacza to, że jeżeli wykonawca składający wyjaśnienia nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, i oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty Natezja.

Odwołujący dalej wskazuje, że zamawiający określił w SOPZ minimalne ilości prac jakie będą zlecane w danym miesiącu kalendarzowym: Zamawiający określa minimalne ilości zleczanych

prac miesięcznie dla Zadania 6:

- jednokrotne mechaniczno-ręczne zamykanie chodników - 500 000 m²
- usuwanie przerostu traw i chwastów oraz odmulanie korytek - 1500 m²
- jednokrotne oczyszczanie pasów zieleni - 4 ha

Tabela nr 1

	Minimalna ilość Zleczanych prac miesięcznie	Cena Natezja	Cena ZUKTZ J.W.	Cena Odwołującego
Jednokrotne	500 000 m ²	2,8 zł x 500 000	2,95 zł x	2,77 zł x
mechaniczno- ręczne		m ² /100=14 000,00	500 000	500 000 m ² /100
zamykanie chodników		zł	m ² /100 = 14 750,00 zł	= 13 850,00 zł
Usuwanie przerostu traw i chwastów oraz odmulanie korytek	1500 m ²	6,0 zł x 1500	20,0 zł x 1500	21,0 zł x 1500
		m ² /100 = 90,00	m ² /100 = 300,00 zł	m ² /100 = 315,00 zł
Jednokrotne	4ha =	1,07 zł x 40 000	1,05 zł x 40 000	1,07 zł x 40 000
oczyszczanie pasów zieleni	40 000,00 m ²	m ² /100 = 428,00 zł	m ² / 100 = 420,00 zł	m ² /100 = 428,00 zł
Razem cena netto		14 518,00 zł	15 470,00 zł	14 593,00 zł

Odwołujący wskazuje, iż w przypadku elementów zamówienia jakimi są „Jednokrotne mechaniczno - ręczne zamykanie chodników” oraz „Jednokrotne oczyszczanie pasów zieleni, ceny jednostkowe z wszystkich ofert, a w konsekwencji ceny za wykonanie całego minimalnego zakresu danego elementu zamówienia w przekroju miesiąca są niemalże identyczne. Na tym tle zdecydowanie wyróżnia się sytuacja wyceny w ofertach usługi "Usuwanie przerostu traw i chwastów oraz odmulanie korytek", gdzie cena zaoferowana przez Natezja jest kilkakrotnie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Odwolujący wskazuje, że nie uwzględnia ona kosztów jakie są konieczne do poniesienia w celu należytego wykonania tej usługi, a złożone w dniu 14.12.2021r. wyjaśnienia Należycia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Odwołujący wskazał, iż odwołanie dotyczy jednego z elementów składowych ceny oferty Należycia, tj. "Usuwanie przerostu traw i chwastów oraz odmulanie korytek"), a nie ceny całkowitej, do której odwołuje się art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny, jednakże zniżenie ceny części oferty może mieć istotny wpływ na ocenę czy cena ofertowa jest rażąco niska. Wskazuje dalej, iż ceny pozostałych elementów składowych zamówienia zaoferowane przez wszystkich trzech wykonawców są niemalże takie same. Wskazuje to na ich rynkowość. W takiej sytuacji zniżenie ceny jednego (pozostałego) z elementów cenowych wpływa w sposób istotny na wartość całej oferty skutkując tym, iż to ten składnik - jeżeli jest skalkulowany poniżej kosztów świadczenia - decyduje o rażąco niskiej cenie całej oferty.

Odwolujący wskazuje, że Należycia w piśmie z dnia 14.12.2021r. kwestionuje istotność tego składnika cenowego w świetle ceny za całe zadanie 6, podkreślając, że:

„Dodać należy, że usługę należy traktować jak całe zadanie, nie jedynie usuwanie przerostów, które jest nieznacznym dodatkiem do podstawowej usługi jaką jest zmiatanie chodników. Kształtowanie ceny dla Wykonawcy jest istotne w odniesieniu do całości zamówienia- posiadając doświadczenie i wiedzę w jaki sposób Zamawiający będzie zlecał prace pozwoliło nam zoptymalizowanie cen, z uwzględnieniem kosztów i zysków jakie firma zamierza wypracować”. Zdaniem Odwołującego w świetle warunków zamówienia jest to podejście nieprawidłowe, niezgodne z SWZ i świadczące o nienależytym skalkulowaniu ceny oferty.

Odwolujący zwraca uwagę po pierwsze na istotność tego elementu przedmiotu zamówienia w świetle warunków zamówienia, o czym świadczy to, że Zamawiający:

- a) wyodrębnił usługi usuwania chwastów i namulów - jako element przedmiotu zamówienia w ramach zadania 6 (lit. d i e w SOPZ),
- b) uczynił go przedmiotem odrębnej wyceny przez wykonawców. Zamawiający wymagał bowiem, by w formularzu ofertowym odrębnie wycenić trzy składniki cenowe, w tym między innymi „usuwanie chwastów oraz namulów”,
- c) uczynił go przedmiotem odrębnego zlecenia w ramach zadania 6 i przedmiotem odrębnego rozliczania. Zgodnie ze wzorem umowy każdy z tych trzech składników cenowych - w tym „usuwanie chwastów oraz namulów” - stanowić ma w ramach zamówienia podstawę do odrębnego zlecenia i odrębnego rozliczania/ fakturowania, co wynika z § 5: Wynagrodzenie i warunki płatności:

1. „Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru. Zamawiający może wskazać także w trakcie realizacji umowy dodatkowe powierzchnie które powinny zostać przez Wykonawcę oczyszczone w czasie ustalonym z Zamawiającym, które nie zostały uwzględnione w wykazie

ulic Załącznik nr 12 a-c do SWZ. W przypadku dodatkowo zleconych miejsc do oczyszczenia Zamawiający przekaze Wykonawcy ich powierzchnię i na tej podstawie pod koniec każdego miesiąca Zamawiający dokona płatności za oczyszczone metry. Zamawiający zastrzega sobie w każdym czasie trwania umowy możliwość zwiększania lub zmniejszania powierzchni które należy oczyścić. Zamawiający może wskazać wykonawcy do oczyszczenia (zamiatania), mycia w postaci całej ulicy lub jej części bazując na jednostkach miar wskazanych w ofercie.

2. Wynagrodzenie za roboty o których mowa w ust.1. stanowić będzie wynikową ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Ofercie, przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj :

- d) nie zamawia kompleksowej usługi oczyszczania chodników, ale odrębne usługi

(odrębnie wycenione, zlecane i rozliczane, w tym usuwania chwastów i namulów) - co jest doskonale wiadome Zamawiającemu, jak i Natezja, gdyż w przypadku usługi kompleksowej oczyszczania wykonawcy musieliby ująć w wycenie oferty VAT w wysokości 23 %, zastosowanie stawki VAT 8% możliwe jest bowiem wyłącznie przy zamawianiu pojedynczych wyspecjalizowanych usług.

Odwołujący po drugie wskazuje, iż z ww. warunków zamówienia wynika, iż cena za usuwanie chwastów i namulów jest istotnym składnikiem ceny oferty, bez względu na mniejszy udział tych czynności w całości zadania 6 w porównaniu do pozostałych dwóch elementów. Powołuje stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku KIO 552/21: Za błędne należy uznać podejście, zgodnie z którym dokonuje się kwalifikacji danego składnika cenowego jako istotną część składową ceny wyłącznie według stosunku jego wartości do wartości całkowitej ceny oferty. Im bardziej taki składnik cenowy zostanie zaniżony, tym mniej prawdopodobne staje się uznanie go za istotną część składową ceny. Dokonując kwalifikacji składnika cenowego niewątpliwie należy brać pod uwagę jego znaczenie dla należytego wykonania zamówienia bądź jego istotnej części. W związku z tym jako istotną część składową ceny oferty należy co do zasady uważać ceny jednostkowe stanowiące podstawę ustalenia odrębnego wynagrodzenia za poszczególne usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że kwestia ta została oceniona przez KIO w wyroku o sygn. akt 1118/21, w którym Izba wyraziła stanowisko, iż cena za pozycję usuwanie chwastów - ma charakter istotnego składnika ceny:

„Zauważenia wymaga, że w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający wyodrębnił ten zakres działania z pozostałych i oczekiwał podania jego ceny w formularzu cenowym. Wobec tego wydaje się, że każdy z wyodrębnionych w formularzu cenowym składników ceny, w tym poz. 2, może być uznany za jej istotną częścią składową, niezależnie od proporcji w stosunku do całości ceny. Każdy składnik rzutuje, bowiem na realność wykonania elementu podzielnego i rozliczanego odrębnie świadczenia zawartego w ofercie. Na kanwie powyższych rozważań Izba uznała za chybioną argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, iż cena zawarta w poz. 2 „Usuwanie chwastów” nie może być uznana za istotną część składową ceny ofertowej”

Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie cena istotnego składnika może być nie tylko przedmiotem badania, ale i podstawą do odrzucenia oferty w przypadku gdy jest skalkulowana poniżej kosztów, zaniżona. Wskazują na to przykładowo wyroki KIO 1001/17; 3393/20; 1284/21.

Odwołujący odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Natezja 14.12.2021r., Odwołujący podniósł, iż wykonawca Natezja nie uwzględnił w kalkulacji ceny kosztów wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego, które wskazano w zarzucie nr 1. Mając bowiem na uwadze wskazane w zakresie zarzutu nr 1 niezgodności oferowanego świadczenia z warunkami zamówienia, cena oferty 6 zł netto za 100m² jest zbyt niska albowiem:

Tabela nr 2

1)	Kosztów prawidłowego zagospodarowania odpadu	Niewłaściwa klasyfikacja odpadu prowadzi do zaniżenia kosztów zagospodarowania, albowiem koszt utylizacji odpadu o kodzie 20 03 03 jest znacząco wyższy niż odpadu o kodzie wskazanym przez Natezja w wyjaśnieniach
2)	Kosztów transportu codziennego	W związku z tym iż Natezja nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów, powinna - od razu po jego wytworzeniu - wywozić go na odpowiednie składowisko i skalkulować te koszty w wycenie świadczenia usługi

3)	Kosztów związanych z usuwaniem namulów, w tym kosztów pracy (osobowych), kosztów paliwa i kosztów zagospodarowania odpadów	Wyjaśnienia ceny Natezja z dnia 14.12.2021 r. nie odnoszą się do kalkulacji tego elementu przedmiotu zamówienia, zatem Natezja nie udowodniła, iż cena oferty zawiera koszty wykonania tej usługi
4)	Pozostałych kosztów świadczenia usługi	Dotyczy to kosztów tzw. „dodatkowych” wskazanych w piśmie Natezja z dnia 14.12.2021 r., które dotycząc usługi usuwania chwastów i namulów zostały przez Natezja skalkulowane w cenie innej usługi

Odwołujący wskazuje, że biorąc pod uwagę chociażby tylko pierwszy ze wskazanych wyżej kosztów, które powinny być uwzględnione w kalkulacji ceny oferty Natezja, oczywistym jest, iż Natezja oferuje wykonanie usługi poniżej kosztów jej realizacji zgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący dalej wskazał, że w wyjaśnieniach ceny Natezja wskazał trzy elementy kosztowe wyciczone dla jednego robocznia świadczenia usługi usuwania chwastów (nie dotyczą usuwania namulów).

Tabela nr 3

Rodzaj kosztów	Wartość dzienna (dzień roboczy)
- koszty paliwa	60,17 zł netto
- koszty osobowe	135,01 zł netto
- koszty zagospodarowania odpadów	50,20 zł netto
Razem	245, 38 zł netto

, co w przeliczeniu na jednostkę miary wycenianą w ofercie (100 m²) dało Natezja stawkę jednostkową 5,56 zł netto jako koszt świadczenia usługi.

Odwołujący wskazuje, że powyższa cena została skalkulowana przy uwzględnieniu niezgodnego z ustawą o odpadach kodu odpadu powstającego w wyniku świadczenia usługi. Stąd nie uwzględnia ona rzeczywistego kosztu utylizacji tegoż odpadu, gdyż koszt zagospodarowania odpadu o kodzie 20 03 03 jest znacząco wyższy.

Odwołujący wskazuje, że Natezja przyjęła do kalkulacji kosztów zagospodarowania odpadu w wysokości 50,20 zł netto dziennie przy założeniu:

- ilość odpadu zbierana w tydzień roboczy (5 dni) - jeden kontener - 7 Mg (ton)
- cena zagospodarowania - 9 zł za 1 Mg (1 tonę)
- cena za transport kontenera z odpadami raz na tydzień - 188 zł

, co łącznie stanowi koszt o wartości 251 zł tygodniowo (7 ton x 9 zł + 188 zł), a w konsekwencji 50,20 zł dziennie.

Dalej Odwołujący wskazuje, że przyjmując za właściwą taką samą ilość odpadu jaki przyjęła Natezja, ale przy prawidłowej kwalifikacji odpadu jako o kodzie 20 03 03, koszt jego zagospodarowania kształtuje się następująco:

- przyjęcie odpadu o kodzie 20 03 03 na składowisko odpadów w Gliwicach - 180 zł netto za 1 tonę,
- 7 ton x 180 zł za 1 tonę = 1260 zł tygodniowo, a więc (nawet bez kosztów transportu) 252 zł na dzień (a nie jak przyjęła Natezja 50,20 zł na dzień).

W związku z powyższym przy prawidłowej klasyfikacji odpadu (przy pozostałych kosztach Natezja niezmiennych) koszt świadczenia usługi należałoby wyliczyć:

Tabela nr 4

Rodzaj kosztów	Wartość dzienna (dzień roboczy)
- koszty paliwa	60,17 zł netto
- koszty osobowe	135,01 zł netto
- koszty zagospodarowania odpadów	252 zł netto
Razem	447,18 zł netto

, co w przeliczeniu na jednostkę miary wycenianą w ofercie (100 m2) dało Natezja stawkę jednostkową 10,13 zł netto jako koszt świadczenia usługi. Koszt 10,13 zł za 100 m2 jest zdecydowanie wyższy niż zaoferowana przez Natezja cena 6,00 zł za 100 m2.

Jednocześnie odwołujący wskazuje, że - jak wynika z tabeli nr 2 - wartość 10,13 zł za 100 m2 nie obejmuje kosztów, które - co najmniej - także powinny być uwzględnione przy kalkulacji ceny, tj. kosztów codziennego transportu odpadów i kosztów związanych z usuwaniem namulów w tym kosztów pracy (osobowych), kosztów paliwa i kosztów zagospodarowania odpadów oraz kosztów dodatkowych.

W przedmiocie kosztów dodatkowych, Odwołujący wskazał ponadto, iż wyjaśnienia Natezja wprost wskazują na nieskalkulowanie w cenie tej usługi wszystkich kosztów jakie jej towarzyszą, a tym samym na manipulację cenową.

Odwołujący wskazał, że Natezja w wyjaśnieniach z 14.12.2021r. oświadczył że: „Dodatkowe koszty związane z wykonywaniem całości usług oczyszczania chodników i pasów zieleni zostały przez nas w kalkulowane w przychód usługi stanowiącej ponad 60% wartości zamówienia. Takie postępowanie daje nam prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że owe koszty zostaną pokryte”.

Odwołujący dalej wyjaśniał, iż zgodnie z pismem Natezja z 14.12.2021r. usługa stanowiąca ponad 60% wartości zamówienia to usługa zamykania chodników - czyli pierwsza pozycja w formularzu cenowym zadania 6. Poza nią wyceniane odrębnie są jeszcze usługi usuwania chwastów i namulów oraz usługi zbierania śmieci. Odwołujący wskazał, że Natezja nie precyzuje o jakie koszty dodatkowe chodzi, niemniej skoro zgodnie z oświadczeniem Natezja - zostały one skalkulowane w cenie tylko jednego rodzaju usługi pośród trzech składających się na zadanie 6 -można ocenić że są to takie koszty, które występują w każdym z rodzajów świadczeń zadania 6, a więc np. koszty obsługi biura i inne administracyjne związane z przedmiotem zamówienia, wymaganego umową ubezpieczenia, itp. Jak już wyżej wskazano - sposób zlecania usług i ich rozliczania przyjęty przez Zamawiającego w zadaniu 6, powoduje, iż każdy z odrębnie wycenianych elementów oferty (każdy z trzech rodzajów usług) jest odrębnym przedmiotem następnie osobno (niezależnie od pozostałych rodzajów) zlecanym do wykonania, a następnie osobno rozliczanym.

Odwołujący wskazał, że ujęcie dowolnego rodzaju kosztów danej usługi w innej powoduje, że dla tej pierwszej nie skalkulowano wszystkich związanych z jej wykonaniem kosztów, a zatem że wyceniono jej realizację bez uwzględniania wszystkich czynników i wymagań. Ujęcie przez Natezja kosztów wykonania odrębnie zamawianej i rozliczanej usługi usuwania chwastów i namulów w usłudze zmiatania chodników, oznacza że zamawiający zlecając usługi zmiatania zostałby obciążony nie tylko kosztami tej usługi, ale także kosztami usuwania chwastów i namulów, nawet jeżeli ostatecznie by jej w ogóle nie zamówił albo zamówił w minimalnym wymiarze. Analogiczna sytuacja dotyczy usługi zbierania śmieci, którą także wyceniono bez uwzględnienia kosztów dodatkowych. Odwołujący dalej wskazuje, że wprost to też wynika z wyjaśnień Natezja, który pisze, że celowo w ten sposób skalkulował tzw. koszty dodatkowe usługi usuwania chwastów i namulów oraz zbierania śmieci, aby mieć pewność, że zostaną pokryte. I jak należy zrozumieć - zostaną pokryte przez zamawiającego w cenie za inną usługę. Odwołujący wskazuje, że Natezja wbrew zasadom realizacji i rozliczania poszczególnych usług dokonuje manipulacji ich kosztami w celu osiągnięcia jak najwyższej rentowności zamówienia.

Odwołujący dalej wskazał, że zaoferowana przez Natezja cena w wysokości 6,00 zł netto jest niewystarczająca na pokrycie podstawowych kosztów wykonania usługi, nie wspominając o marży czy ewentualnym zapasie na wypadek wzrostu kosztów z uwagi na inflację. Nie jest więc możliwym zrealizowanie przedmiotowej usługi zgodnie z warunkami zamówienia za cenę zaoferowaną przez Natezja. Tym samym Odwołujący wskazał, że Natezja nie sprostął zadaniu udowodnienia w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez Niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast analiza przedstawiona przez odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż cena Natezja jest rażąco niska i w związku z tym oferta Natezja powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wskazał dalej w odwołaniu, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołał się Odwołujący na art. 3 i 15 ustawy ZNK. Zgodnie z art. 3 ustawy ZNK:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Zgodnie z art. 15 ustawy ZNK:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z powyższym, czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy.

"Utrudnianie dostępu do rynku" to taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku. Przy czym utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć szeroko jako wszelkie działania przeszkadzające w prowadzeniu normalnej działalności gospodarczej. Nie muszą one zawsze być na tyle intensywne, aby eliminowały konkurentów z obrotu. W orzecznictwie wskazuje się, że: „ustawa z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji do utrudniania dostępu do rynku nie określa o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym może być zarówno rynek globalny jak i lokalny. Wobec tak szerokiego rozumienia pojęcia rynku zawartego w ustawie, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji może być związane z utrudnieniem lub uniemożliwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny, lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców " (KIO 2067/13).

Wśród stypizowanych ustawą ZNK czynów nieuczciwej konkurencji znajduje się, wymieniona w art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy, sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczność, iż cena Natezja za świadczenie usług „usuwania chwastów i namulów” jest znacząco niższa niż koszty jej wykonania została przez Odwołującego wykazana w pkt 2 uzasadnienia odwołania. Ponadto — mając na uwadze konieczność zaistnienia drugiej z przesłanek wyrażonych w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy ZNK, tj. działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców, Odwołujący podnosi, iż o takim celu Natezja świadczy jednoznacznie okoliczności w jakich została zaoferowana przedmiotowa cena.

Odwołujący wskazał, że w roku ubiegłym Zamawiający prowadził postępowanie obejmujące zasadniczo analogiczny przedmiot zamówienia, także z podziałem na części, pn. „Oczyszczenie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w 2021 r.” Zakres zamówienia w ramach zadania nr 6 obejmował m. in. usługę usuwania chwastów, wyodrębnioną przez Zamawiającego jako samodzielną pozycję cenową w formularzu cenowym. W postępowaniu tym oferty na zadanie 6 złożyli ci sami trzej wykonawcy co w postępowaniu bieżącym. Ceny za usługi usuwania chwastów kształtowały się następująco:

- Odwołujący -27 zł/ 100m 2
- Natezja (występująca w konsorcjum z drugim wykonawcą) - 50 zł/ 100m2
- ZUKTZ J. W. - 40 zł/ 100m2

Odwołujący wskazał, że ww. postępowaniu Natezja twierdziła wówczas, iż zaoferowanie przez Odwołującego ceny 27 zł / 100m2 usuwania chwastów jest ceną rażąco niską, nie mającą oparcia w cenach rynkowych i nie dającą możliwości wykonania tej usługi powyżej kosztów jej świadczenia. Tymczasem około pół roku później Natezja składa ofertę na zakres zamówienia, który jest przez Zamawiającego poszerzony (dodano usuwanie namulów), opiewającą na cenę stanowiącą niewiele ponad 22% kwoty kwestionowanej przez siebie w ramach postępowania odwoławczego KIO 1118/21 (tj. ówczesnej ceny Odwołującego) oraz - co także istotne - opiewającą na zaledwie 12% ówczesnej ceny Natezja mającej zgodnie z ówczesnym stanowiskiem Natezja stanowić cenę odpowiadającą kosztom. Pozostałe ceny składowe oferty Natezja dla zadania nr 6 nie odbiegają od tych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, a działanie Natezja (zaniżenie ceny) - dotyczy dokładnie tego składnika cenowego, który jako jedyny był uprzednio przez Natezja kwestionowany.

Dlatego zaoferowanie przez Natezja w przeciągu pół roku ceny ponad ośmiokrotnie niższej, pomimo zwiększenia zakresu zamówienia, a przy tym poniżej kosztów świadczenia, nie sposób ocenić inaczej niż jedynie jako celowe działanie zmierzające do wyeliminowania innych przedsiębiorców, którzy swoje ceny zaoferowali na poziomie rynkowym. Należy tu bowiem jeszcze raz powtórzyć za cytowanym wyżej wyrokiem KIO 2067/13, że eliminowaniem z rynku jest m. in. pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców.

Stąd mając na uwadze, iż:

- zgodnie z uzasadnieniem zawartym w pkt 2 uzasadnienia odwołania, Natezja zaoferował za świadczenie usług „usuwania chwastów i namulów” cenę znacząco niższą niż koszty jej wykonania (świadczenia), a co więcej świadomie i celowo część kosztów świadczenia tej usługi ujął w cenie innej, osobno zlecanej i rozliczanej, usługi
- okoliczności wskazują na celowe działanie Natezja zmierzające do eliminacji przedsiębiorców z rynku, nie ulega wątpliwości, iż mamy tu do czynienia ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę w odwołaniu, że w literaturze i orzecznictwie podkreśla się też, że czyn nieuczciwej konkurencji może nie odpowiadać żadnemu z przykładowo wskazanych w ustawie ZNK. Wystracającym jest bowiem, że jego charakter odpowiada klauzuli generalnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. akt II CSK 44/09, wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (także np. KIO 1924/11). W świetle tej klauzuli do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu

wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czyn taki zagrażać musi lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wynika z powyższego, dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest wymagane działanie sprzeczne z prawem. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu wystarczy, że zachowanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Przez dobre obyczaje rozumie się zaś pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Należy też podkreślić, że obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz poszanowania dobrych obyczajów wynika z art. 9 ustawy Prawo przedsiębiorców, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Bez wątplenia zatem za czyn nieuczciwej konkurencji można uznać nie tylko działania wykonawcy niezgodne z powszechnie obowiązującymi normami prawa. Do tego typu czynów należy również zakwalifikować działania, które są naganne z punktu widzenia praktyk rynkowych.

Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku z dnia 17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20: „Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, które podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbioru norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd.”

Uwzględniając powyższe, Odwołujący podkreśla, że tak rozumiane jak wyżej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust 1 ustawy ZNK wyczerpuje działanie Należycia polegające na przerzuceniu części kosztów (tzw. „dodatkowych”) wykonania usługi usuwania chwastów i namulów (a także kosztów zebrania śmieci) w cenę innej usługi, tj. zamykania chodników — o czym mowa była w uzasadnieniu zawartym w pkt 2 uzasadnienia odwołania.

Na naganność takiej inżynierii finansowej, którą należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, wskazała KIO w wyroku z 21 stycznia 2020 r. (KIO 2682/19), w którym uznała, że wykonawca który zawyża cenę za określony element zamówienia i zaniża inny element w celu osiągnięcia jak najwyższej rentowności zamówienia, niezależnie od tego iż konkuruje z innymi wykonawcami ceną całkowitą, wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. KIO wskazała, że wykonawca dopuścił się tzw. manipulacji ceną poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja ceną w tym postępowaniu „znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałyby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych, czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy”, co świadczy o działaniu wykonawcy sprzecznie z dobrymi obyczajami. Zdaniem Izby wykonawca dokonał obliczenia ceny, stosując własną inżynierię finansową, z pominięciem zasad jej kalkulacji i sposobu rozliczenia wynagrodzenia za realizację zamówienia opisanych w SIWZ, czym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zdaniem Odwołującego czynem godzącym w podstawowe zasady obrotu, dobre obyczaje w obrocie gospodarczym jest opisane powyżej działanie Należycia polegające na złożeniu oferty na cenę ponad pięciokrotnie niższą od tej, którą w tym samym roku kwestionowało się jako rażąco niską. Tego typu działanie oznacza dążenie za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego i tym samym do wyeliminowania konkurencji poprzez stosowanie praktyk niezgodnych z uczciwą konkurencją i samo w sobie także wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust 1 ustawy ZNK.

Co więcej Odwołujący podkreśla, że do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczająca jest sama możliwość zagrożenia interesu czy to zamawiającego, czy też innego wykonawcy — tak orzekła Izba w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 roku, sygn. akt: KIO 509/19: „Zaznaczyć w tym miejscu należy, że do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo stworzenie stanu zagrożenia dla interesu Zamawiającego, co miało miejsce w tym postępowaniu. Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.”

Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc takie działanie przedsiębiorcy, które będąc sprzeczne z dobrymi obyczajami prowadzi do chociażby zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy w uzyskaniu zamówienia publicznego. W niniejszym przypadku niewątpliwie, wskutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania Natezja, doszło — co najmniej — do zagrożenia interesów pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu na zadanie 6, a w szczególności interesu Odwołującego, którego oferta jest sklasyfikowana jako druga w rankingu ofert.

Mając na względzie powyższe należy uznać, że działania Natezja polegające zarówno na zaoferowaniu ceny za usuwania chwastów i namulów poniżej kosztów świadczenia usługi, przerzucenie kosztów świadczenia tej usługi w cenę innej, jak również zaoferowanie w tym samym roku ceny kilkukrotnie niższej od kwestionowanej przez siebie jako rażąco niska, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Co do zarzutu art. 239 ust. 1 oraz 16 ustawy Pzp Odwołujący wskazał że jest on konsekwencją zarzutów zawartych w odwołaniu. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik Postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1. Niewątpliwie także ustalenie wyniku Postępowania z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp stanowi jednocześnie naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że wykonawca realizujący przedmiot umowy będzie wytwórcą odpadu i to on (a nie zamawiający) jest odpowiedzialny za kwalifikację odpadu pod określony jego kod. W ocenie odwołującego odpad powstający w wyniku realizacji przedmiotu umowy (usuwanie chwastów oraz namulów) należy kwalifikować pod kodem 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów), a nie jak czyni to Natezja pod kodem 20 02 02 (gleba i ziemia, w tym kamienie). W ocenie zamawiającego odwołujący ujmuje kod 20 03 03 jako powiązany z konkretną czynnością (sprzątanie ulic i placów) a nie charakterem i właściwościami danego odpadu. Odpadem który powstaje przy sprzątaniu ulic i placów może być wiele odpadów przypisywanych do określonych kodów; mogą to być znajdujące na placach i ulicach: metale (20 01 40), tworzywa sztuczne (20 01 39), papier i tektura (20 01 01), szkło (20 01 02) czy nawet odpady kuchenne podlegające biodegradacji (20 01 08). Wszystkie te odpady można by klasyfikować pod kod 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów), jednak dozwolone jest także klasyfikowanie ich pod inne kody odpowiadające rodzajowi i charakterystyce poszczególnych odpadów. Zwrócić też trzeba uwagę na to, że w konkretnych uwarunkowaniach faktycznych odpady z czyszczenia ulic i placów (20 03 03) mogą odpowiadać też odpadom z targowisk (20 03 02) zwłaszcza gdybyśmy mieli do czynienia np. z czyszczeniem placów targowych. W tym kontekście uznać trzeba, że dany odpad pochodzenia komunalnego (a co do tego nie ma w sprawie żadnych wątpliwości) może być - zgodnie z prawem - kwalifikowany pod różne kody odpadu byleby jego właściwości odpowiadały opisowi danego kodu. Jeżeli zatem w wyniku czyszczenia ulic i placów powstanie odpad w postaci gleby i ziemi w tym kamienie (20 02 02), to nie ma jakichkolwiek przeszkód prawnych by ten odpad tak właśnie zakwalifikować mimo, że miejscem jego pochodzenia jest np. ulica, a źródłem powstania np. zmiatanie tejże ulicy.

Zamawiający dalej wskazał, że odpady zakwalifikowane pod kodem 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów) są to te odpady których, bazując na ich właściwościach, nie da się zakwalifikować do żadnej z innych grup odpadów powstających w wyniku określonej czynności - sprzątania placów i ulic. Tak samo należałoby postąpić w razie sprzątania targowisk (20 03 03). Wówczas także powstają odpady zaliczane do wskazanych wyżej frakcji. Podobnie rzecz się ma w przypadku odpadów z ogrodów i parków (w tym cmentarzy - kod 20 02). Jest wszak oczywiste, że jednym z głównych odpadów np. z cmentarzy jest szkło ze zniczy (20 01 02). Kwalifikowanie tego odpadu jako szkło jest w pełni uzasadnione i dopuszczalne, mimo że miejscem pochodzenia odpadu jest cmentarz co wskazywałoby na kod 20 02. Na tej samej zasadzie dopuszczalne jest kwalifikowanie poszczególnych odpadów pozyskiwanych w ramach czyszczenia ulic i placów.

Zamawiający wskazał, że uszło uwadze Odwołującego to, iż do klasyfikowania odpadów pod określone kody mają zastosowanie przepisy o hierarchii sposobów postępowania z odpadami (art. 17 i nast. ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach). Kolejność postępowania z

odpadami jest szczegółowo opisana w art. 17 i 18 powołanej ustawy, co przekłada się także na klasyfikowanie odpadów. Oznacza to, że wykonawca zadania polegającego na usuwaniu chwastów i namulów powinien tak zaplanować swoje działania i prowadzić je przy użyciu takich sposobów aby w pierwszej kolejności zapobiegać powstawaniu odpadów lub ograniczać ilość odpadów i ich negatywne oddziaływanie na życie i zdrowie ludzi oraz na środowisko, a dopiero wówczas gdy powstaniu odpadu nie uda się zapobiec jest zobowiązany w pierwszej kolejności poddać powstały odpad odzyskowi czyli przygotowaniu przez siebie jako posiadacza odpadu do jego ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych - poddaniu innym procesom odzysku. Natezja przedstawiła proces R5 jako ten w ramach którego jest w stanie odzyskać odpad. Proces ten polega na recyklingu lub odzysku materiałów nieorganicznych innych niż w pozostałych procesach R (zgodnie z załącznikiem do ustawy o odpadach) przy czym proces R5 obejmuje także przygotowanie do ponownego użycia, recykling nieorganicznych materiałów budowlanych, odzysk materiałów nieorganicznych polegający na pracach ziemnych i usuwanie substancji powodujących ryzyko z wydobytych mas gleby i ziemi prowadzące do ich odzysku. Jeżeli zatem w wyniku czyszczenia ulic i placów powstają takie odpady które można zakwalifikować jako gleba i ziemia, w tym kamienie, to w pełni właściwym jest zakwalifikowanie tego odpadu pod kodem 20 02 02, gdyż daje to możliwość poddania tego odpadu odzyskowi. Dopuszczalność poddania odpadów kwalifikowanych pod tym kodem procesowi R5 przyznaje także odwołujący na stronie 10 odwołania (in fine).

Zamawiający wskazał, że Natezja jest kwalifikowana jako podmiot wytwarzający odpady zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32) ustawy o odpadach. Zamawiający wskazał, że Odwołujący argumentuje, że Natezja powinna posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów, jako że odpady te będzie magazynować w kontenerze udostępnionym przez inny podmiot i przywołuje tu przepis art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach. Uchodzi jednak uwagi odwołującego to, że analogiczne zwolnienie dotyczy posiadacza odpadów, który poddaje odzyskowi odpady zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 45 ust. 3 tej ustawy. Zamawiający wskazał, że do chwili obecnej delegacja ustawowa w art. 45 ust. 3 ustawy o odpadach nie została zrealizowana, jednakże zakres delegacji ustawowej dotyczy niewątpliwie m.in. procesu R5 polegającego na recyklingu lub odzysku materiałów nieorganicznych innych niż w pozostałych procesach R (zgodnie z załącznikiem nr 1 do ustawy o odpadach).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący przywołuje też niewłaściwe brzmienie przepisu art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach. Otóż zgodnie z tym przepisem z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się wytwórcę odpadów, który wytwarzane przez siebie odpady zbiera w miejscu ich wytworzenia. Tymczasem odwołujący treść tego przepisu prezentuje w ten sposób, iż z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się wytwórcę odpadów, który wytwarzane przez siebie odpady magazynuje w miejscu ich wytworzenia (k-11 odwołania). Jest oczywiste, że zbieranie odpadów w miejscu ich wytworzenia jest czynnością zupełnie inną niż ich magazynowanie w miejscu wytworzenia. Natezja niewątpliwie zbiera odpady w miejscu ich wytworzenia (jest to istota świadczonej usługi), a zatem obejmuje ją zwolnienie z obowiązku uzyskania pozwolenia na zbieranie odpadów. Późniejsze magazynowanie odpadu nie ma znaczenia dla ziszczenia się przewidzianego w art. 45 ust. 1 pkt 10 zwolnienia. Zwrócić też trzeba uwagę na to, że opisane przez Natecję magazynowanie odpadu w kontenerze stanowi tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach); stosowanie takiej procedury jest tymczasowego magazynowania odpadu nie dezawuuje możliwości posługiwania się zwolnieniem z obowiązku posiadania zbierającego wytwarzane przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia, co jak podnosi się w literaturze jest ukłonem ustawodawcy w stronę zdrowego rozsądku (D. Danecka, W. Radecki „Ustawa o odpadach. Komentarz”, str. 360, teza 12.).

Zamawiający wskazał, że co do zarzutu zaoferowania przez Natecję rażąco niskiej ceny, to wobec brzmienia przepisu art. 537 Prawa zamówień publicznych ciężar dowodu spoczywa tu na przystępującym. Zamawiający stoi na stanowisku, iż przeprowadził właściwie procedurę z art. 224 Prawa zamówień publicznych, a uzyskane od Natecji wyjaśnienia uzasadniły podaną w ofercie cenę. Odwołujący bardziej kwestionuje przy tym informacje i dane przedstawione przez Natecję niż zarzuca zamawiającemu uchybienie we właściwym odczytaniu i zinterpretowaniu tych danych.

Zamawiający wskazał, że odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to zarzut ten zamawiający ocenił jako pozbawiony rzeczywistych podstaw.

Odwołujący porównuje tu dane ofertowe w dwóch postępowaniach prowadząc pozornie logiczne wnioskowanie, iż skoro Natezja w innym postępowaniu podnosiła zarzut rażąco niskiej

ceny zaproponowanej przez dzisiejszego odwołującego, zaś w niniejszym postępowaniu zaproponowała cenę jeszcze niższą niż podówczas zaproponował odwołujący to jest to działanie zmierzające na pozbawieniu konkurentów do rynku poprzez stosowanie nieuczciwych praktyk rynkowych tj. oferowanie cen nieuczciwych (dumpingowych). Zarzut ten zasadza się jednak na błędnym założeniu, że Natezja swoją ofertę na dane zadanie skalkulowała z pominięciem części obligatoryjnych elementów kosztotwórczych i tym samym zastosowała cenę dumpingową. Rzecz w tym, że jak wskazano wyżej Natezja poprzez inną niż dotychczas formułę zagospodarowania odpadu powstającego przy realizacji usługi (istotny element kosztotwórczy) mogła uzyskać znaczące oszczędności w zakresie kosztów zagospodarowania odpadu. Co istotne - możliwość ta jest co do zasady dostępna także dla pozostałych wykonawców i najpewniej, jeśli potwierdzi się możliwość zgodnego z prawem zagospodarowania odpadu w sposób zaprezentowany przez Natezję, inni uczestnicy rynku z tej możliwości skorzystają. Skoro zaś istotny element kosztu udało się znacząco zredukować to jest oczywiste, że udało się obniżyć cenę usługi. Takie zaś działanie nie stanowi żadną miarą nieuczciwej konkurencji.

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

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca:

1) Firma Usługowo Handlowa „NATEZJA” U.H., D.B. spółka jawna

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w 2022 r.” z dopuszczeniem możliwości składnia ofert częściowych na poszczególne zadania. Na zakres zamówienia w części 6 pn. Zadanie nr 6 - Oczyszczanie

chodników składa się zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia):

- 1) mechaniczne i ręczne zmiatanie chodników,
- 2) usuwanie przerostu traw i chwastów oraz odmulanie korytek
- 3) oczyszczanie pasów zieleni

Na Zadanie 6 złożyło trzech wykonawców:

Numer oferty	Nazwa (firma i adres wykonawcy)	cena
2	ZUDIK DROMAR M. K. Gliwicka 25 44-145 STANICA	1 690 828,30
3	FUH Natezja U.H., D.B. spółka jawna, Raciborska 25g, 44-153 Trachy	1 532 125,73
7	ZUKTZ J.W. Władysława Łokietka 4 41-933 Bytom	1 752 663,65

Zaoferowane ceny przez wykonawców:

Wykonawca ZUDIK DROMAR M. K.:

	Szacowana ilość	Cena za 100 m2	Suma netto
Zamiatanie chodników	40 106 250,00	2,77 zł	1 110 943,13 zł
Usuwanie chwastów oraz namulów	1 059 858,00	21,00 zł	222 570,18 zł
Zbieranie śmieci	21 688 641,00	1,07 zł	232 068,46 zł
		SUMA	1 565 581,76 zł
		Wartość podatku VAT 8%	125 246,54 zł
		SUMA (brutto)	1 690 828,30 zł

Wykonawca FUH Natezja U.H., D.B. spółka jawna:

	Szacowana ilość	Cena za 100 m2	Suma netto
Zamiatanie chodników	40 106 250,00	2,80 zł	1 122 975,00 zł
Usuwanie chwastów oraz namulów	1 059 858,00	6,00 zł	63 591,48 zł
Zbieranie śmieci	21 688 641,00	1,07 zł	232 068,46 zł
		SUMA	1 418 634,94 zł
Wartość podatku VAT 8%	113 490,80 zł		
SUMA (brutto)	1 532 125,73 zł		

Wykonawca ZUKTZ J.W.:

	Szacowana ilość	Cena za 100 m2	Suma netto
Zamiatanie chodników	40 106 250,00	2,95 zł	1 183 134,38 zł
Usuwanie chwastów oraz namulów	1 059 858,00	20,00 zł	211 971,60 zł

Zbieranie śmieci	21 688 641,00	1,05 zł	227 730,73 zł
		SUMA	1 622 836,71 zł
		Wartość podatku VAT 8%	129 826,94 zł
		SUMA (brutto)	1 752 663,65 zł

Zamawiający pismem z dnia 09.12.2021r. wezwał Natezja do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za usuwanie chwastów oraz namulów (cena za 100 m2

- 6,00 zł netto). Pismem z dnia 14.12.2021r. Natezja udzielił odpowiedzi, przy czym znaczącą część tych wyjaśnień (załączniki) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 30.12.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Natezja jako najkorzystniejszej w części 6 zamówienia. Powyższa czynność oraz zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Natezja z dnia 14.12.2021 r. była przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 61/22.

W dniu 10.02.2022r., w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.01.2022r. (sygn. akt KIO 61/22), Zamawiający:

- unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonał powtórnego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W tym samym dniu, tj. 10.02.2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie ust. 2 art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie działalności w systemie sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny.

Stanowisko Izby:

Zarzuty odwołującego dotyczące złożenia oferty przez Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia są zdaniem Izby niezasadne.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu zamawiający jako gospodarz postępowania nie wymagał w warunkach udziału w postępowaniu, aby wykonawcy byli zobowiązani do posiadania zezwolenia na zbieranie lub transport odpadów o kodzie 20 03 03 (odpad z czyszczenia ulic i placów). Dowód nr 7 wskazany przez odwołującego dotyczący innego postępowania pn. Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018 - 2020, jednoznacznie wskazywał w warunkach udziału w postępowaniu, jakie zezwolenia muszą posiadać wykonawcy i w jakim kodzie. Tym samym zamawiający nie wskazał kodu odpadów powstających w toku realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odpowiedzialność za prawidłowe przypisanie kodu odpadów spoczywa na wytwórcy odpadu, zgodnie bowiem art. 3 ust 1 pkt 32 ustawy o odpadach, przez wytwórcę odpadów rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej.

Izba zważa, że na podstawie powyższej definicji przystępujący jest wytwórcą odpadów. Świadczy o tym dowód w postaci pisma ze Starostwa Powiatowego w Gliwicach z dnia 14 lutego 2022 r. „Z treści cytowanej ustawy i rozporządzenia oraz ogólnodostępnych interpretacji przepisów wynika, że bezpośrednio za nadawanie kodów odpadom odpowiada ich wytwórca” oraz dowód w postaci pisma z Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Katowicach z dnia 7 lutego 2022 r. „Kod odpadu nadawany jest przez wytwórcę, zgodnie z katalogiem odpadów”. Katalog odpadów poprzez przypisanie konkretnego kodu dla konkretnego rodzaju działalności reguluje rozporządzenie Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (dowód nr 3 wniesiony przez odwołującego).

Zdaniem zamawiającego odwołujący ujmuje kod 20 03 03 jako powiązany z konkretną czynnością (sprzątnięcie ulic i placów), a nie charakterem i właściwościami danego odpadu. Odpadem, który powstaje przy sprzątnięciu ulic i placów może być wiele odpadów przypisywanych do określonych kodów: metale (20 01 40), tworzywa sztuczne (20 01 39), papier i tektura (20 01 01), szkło (20 01 02), czy nawet odpady kuchenne podlegające biodegradacji (20 01 08). Wszystkie te odpady można by klasyfikować pod kod 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów), jednak dozwolone jest także klasyfikowanie ich pod inne kody odpowiadające rodzajowi i charakterystyce poszczególnych odpadów. Z dowodów przedstawionych przez odwołującego (dowód nr 8 - zdjęcia) można jedynie zauważyć, że występują gałęzie, liście, ziemia, być może jakieś tworzywo sztuczne, które zdaniem Izby mogą być zakwalifikowane pod dany konkretny kod ujęty w katalogu odpadów wynikający z rozporządzenia. Poza tym z tych zdjęć nie wiadomo, czy dotyczy to terenu objętego przedmiotem zamówienia. Jeżeli zatem w wyniku czyszczenia ulic i placów powstanie odpad w

postaci gleby i ziemi, w tym kamienie (kod 20 02 02 lub kod 17 05 04), to zdaniem Izby nie ma przeszkód, aby zakwalifikować ten odpad w ramach tego kodu, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów. W związku z powyższym, Izba stoi na stanowisku, że odpady powstające z oczyszczania ulic i placów z chwastów i namulów przystępujący mógł zakwalifikować jako odpady o kodach 17 05 04 oraz 20 02 02.

Ponadto zdaniem odwołującego czynność usuwania chwastów i namulów należy traktować oddzielnie jako dwie odrębne czynności. Izba stoi na stanowisku, że jest to jedna czynność obejmująca usuwanie chwastów oraz namulów, ponieważ są ze sobą powiązane. Świadczy o tym spójnik łączny „oraz”.

Izba zważa, że oczywiście może się zdarzyć taka sytuacja, że dokonując tej czynności nastąpi albo usunięcie chwastów bo nie będzie w danym momencie namulów albo usunięcie namulów bo nie będzie w danym momencie chwastów, jak i sytuacja że będą do usunięcia zarówno chwasty i namuły w ramach jednej czynności.

Izba zważa, że Odwołujący na rozprawie stwierdzał, że przystępujący w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, w ramach usuwania chwastów, nie wykonywał usuwania namulów. Zamawiający na rozprawie przyznał, że dotychczas usługa usuwania namulów nie była wyszczególniona, to jednak była ona wykonywana w ramach usługi usuwania chwastów. Przystępujący przedstawił na rozprawie dowody na to, iż w ramach usuwania chwastów było też usuwanie namulów (dowód w postaci raportu dziennego z dnia 08.06.2020 r. - ulica Orlickiego (korytko), z dnia 02.07.2020 r. - Al. Sikornik (korytko), dowód w postaci miesięcznego oczyszczania chodników oraz pasów zieleni (zbiorcze zestawienie

(tabelka) dokonane przez przystępującego obejmująca maj 2021- grudzień 2021, w którym przystępujący wskazuje 10% wartości odmulania dokonywany przez odwołującego mimo że mamy w jednym z elementów „usuwanie przerostu traw i chwastów”). Na rozprawie odwołujący nie kwestionował wskazania w ww. tabelce zbiorczej przygotowanej przez przystępującego w odniesieniu do 10% wartości odmulania.

Dodatkowo odwołujący wskazywał na rozprawie, że „namuł to nic innego niż odpad szkodliwy”. Izba stoi jednak na stanowisku, że nie musi być tak być, ponieważ namuł będący zbitą cząstką ziemi (strony na rozprawie tak to określiły - nie było co do tego sporu) nie musi być zawsze szkodliwy. Przystępujący na rozprawie zaznaczył, że odpady w procesie R5 są przetwarzane w celu rekultywacji terenu, nie wytwarza się żadnego nawozu czy materiału. Poza tym Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że namuł taki jest zawsze odpadem szkodliwym. Ponadto Izba wskazuje, że wskazany dowód nr 2 przez odwołującego dotyczył piasku przykrawężnikowego a nie namułu. Izba uznała, że dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważa, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie również przepisy o hierarchii sposobów postępowania z odpadami (art. 17 ustawy o odpadach) oraz odzysk, recykling (art. 18 ustawy o odpadach). Zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach:

1. Wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami:

- 1) zapobieganie powstawaniu odpadów;
- 2) przygotowywanie do ponownego użycia;
- 3) recykling;
- 4) inne procesy odzysku;
- 5) unieszkodliwianie.

2. W celu stworzenia zachęt do stosowania hierarchii sposobów postępowania z odpadami wykorzystuje się instrumenty ekonomiczne i inne środki.

3. Przykładowe instrumenty ekonomiczne i inne środki, które mają zachęcać do stosowania hierarchii sposobów postępowania z odpadami, są określone w załączniku nr 4a do ustawy.

Natomiast zgodnie z art. 18 ustawy o odpadach:

1. Każdy, kto podejmuje działania powodujące lub mogące powodować powstanie odpadów, powinien takie działania planować, projektować i prowadzić przy użyciu takich sposobów produkcji lub form usług oraz surowców i materiałów, aby w pierwszej kolejności zapobiegać powstawaniu odpadów lub ograniczać ilość odpadów i ich negatywne oddziaływanie na życie i zdrowie ludzi oraz na środowisko, w tym przy wytwarzaniu produktów, podczas i po zakończeniu ich użycia.
2. Odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi.
3. Odzysk, o którym mowa w ust. 2, polega w pierwszej kolejności na przygotowaniu odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych - poddaniu innym procesom odzysku.
- 3a. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia zgodnego z ust. 3 lub ułatwienia lub udoskonalenia tego odzysku, posiadacz odpadów, z wyjątkiem wytwórcy odpadów nieprowadzącego ich odzysku, przed odzyskiem lub podczas odzysku usuwa niebezpieczne substancje, mieszaniny i składniki z odpadów niebezpiecznych w celu zapewnienia przetworzenia tych odpadów zgodnie z art. 16 i art. 17 ust. 1.
4. Przez recykling rozumie się także recykling organiczny polegający na obróbce tlenowej, w tym kompostowaniu, lub obróbce beztlenowej odpadów, które ulegają rozkładowi biologicznemu w kontrolowanych warunkach przy wykorzystaniu mikroorganizmów, w wyniku której powstaje materia organiczna lub metan; składowanie na składowisku odpadów nie jest traktowane jako recykling organiczny.
5. Odpady, których poddanie odzyskowi nie było możliwe z przyczyn, o których mowa w ust. 3, posiadacz odpadów jest obowiązany unieszkodliwić
6. Składowane powinny być wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn, o których mowa w ust. 3.
7. Unieszkodliwianiu poddaje się te odpady, z których uprzednio wysegregowano odpady nadające się do odzysku.

Nadto zgodnie z art. 30 ustawy o odpadach:

1. Zakazuje się przetwarzania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami.
2. Dopuszcza się odzysk poza instalacjami lub urządzeniami w przypadku:
 - 1) odzysku w procesie odzysku R10, o którym mowa w załączniku nr 1 do ustawy, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie ust. 4;
 - 2) rodzajów odpadów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie ust. 5, poddawanych odzyskowi, zgodnie z warunkami określonymi w tych przepisach, w procesach odzysku R3, R5, R11 i R12, o których mowa w załączniku nr 1 do ustawy;
 - 3) osób fizycznych prowadzących kompostowanie na potrzeby własne.
3. Odzysk poza instalacjami lub urządzeniami, o którym mowa w ust. 2, może być prowadzony, jeżeli nie stwarza zagrożenia dla środowiska, życia lub zdrowia ludzi oraz jest prowadzony zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych odpowiednio na podstawie ust. 4 lub 5.
4. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, warunki odzysku w procesie odzysku R10, wymienionego w załączniku nr 1 do ustawy, i rodzaje odpadów dopuszczonych do takiego procesu odzysku, uwzględniając potrzebę ochrony życia i zdrowia ludzi oraz środowiska.
5. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje odpadów oraz

warunki ich odzysku w procesach odzysku R3, R5, R11 i R12 wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy, poza instalacjami i urządzeniami, uwzględniając właściwości tych odpadów oraz możliwość bezpiecznego dla środowiska i zdrowia ludzi wykorzystania tych odpadów.

Na podstawie delegacji ustawowej kwestię powyższą reguluje rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11.05.2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami.

Izba zważyła, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2021 r. wskazał, że na kody 20 02 02 i 17 05 04 posiada odbiorcę, który w procesie R5 przetworzy je za cenę 9 zł netto za Mg. Proces ten polega na recyklingu lub odzysku innych materiałów nieorganicznych (załącznik nr 1 do ustawy o odpadach), przy czym proces R5 obejmuje także przygotowanie do ponownego użycia, recykling nieorganicznych materiałów budowlanych, odzysk materiałów nieorganicznych polegający na pracach ziemnych i usuwanie substancji powodujących ryzyko z wydobytych mas gleby i ziemi prowadzące do ich odzysku.

Izba zważyła, że ustawa o odpadach zawiera definicję magazynowania i zbierania odpadów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpadach przez magazynowanie odpadów rozumie się czasowe przechowywanie odpadów obejmujące:

- a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę,
- b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów,
- c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów;

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach przez zbieranie odpadów rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach, z obowiązku uzyskania odpowiednio

zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się wytwórcę odpadów, który wytwarzane przez siebie odpady zbiera w miejscu ich wytworzenia.

Izba, na podstawie zebranego materiału dowodowego, jak i w toku rozprawy doszła do przekonania, że przystępujący zbiera odpady w miejscu ich wytworzenia a następnie przewozi je do punktu zajmującego się recyklingiem lub odzyskiem. Nie jest bowiem tak jak twierdzi odwołujący, że gromadzenie w kontenerze jest właśnie zbieraniem odpadów, jak również stwierdzenie, że przystępujący nie zbiera odpadów na ulicach, na których je wytwarza, lecz przewozi je do kontenerów.

Izba stoi na stanowisku, że późniejsze magazynowanie odpadu w kontenerze 7 m³ (co wynika również z wyjaśnień przystępującego z dnia 14.12.2021 r.) nie ma znaczenia dla ziszczenia się zwolnienia na zbieranie odpadów przewidzianego w art. 45 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach.

Tym samym, zdaniem Izby, brak jest podstaw do wystąpienia przez przystępującego o zezwolenie na zbieranie odpadów w trybie art. 42 ustawy o odpadach. Dotyczy to także firmy US DESTELLO W. W., który w przypadku udzielenia zamówienia przystępującemu, udostępni on bazę wraz z zapleczem socjalnym na przechowywanie odpadów.

Izba uznała, że dowody odwołującego w postaci wyciągu z BDO dotyczący przystępującego i firmy US DESTELLO W. W. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nadto Izba zważyła, że nie ma racji odwołujący, że oferta przystępującego nie zawiera

usuwania namulów, lecz tylko usuwanie chwastów. Zdaniem Izby, to że Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 14.12.2021 r. posługuje się usunięciem chwastów bez namulów, to nie oznacza jeszcze że oferując kalkulację cenową nie wziął pod uwagę namulów. Tym bardziej, że oferta przystępującego obejmuje „usuwanie chwastów oraz namulów”. Poza tym, Izba zważyła, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie będzie wykonywał usuwania namulów.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, nie potwierdziły się zarzuty odwołującego w powyższym zakresie.

W odniesieniu do zarzutów odwołującego, że przystępujący przedstawił ofertę z rażąco niską ceną, zdaniem Izby nie potwierdziły się. Izba zważyła, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie przystępującego, zarówno w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, jak i do elementu usuwania chwastów i namulów.

Zamawiający w dniu 9.12.2021 r. wezwał przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny podanej w formularzu cenowym w zakresie elementu: usuwania chwastów i namulów. Zamawiający oszacował ilość podejmowanych czynności w ramach zmiatania chodników, usuwania chwastów i namulów oraz zbierania śmieci, a także w odniesieniu do każdego miesiąca obowiązywania umowy. W dniu 14.12.2021 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami. Na podstawie wyroku KIO sygn. akt 61/22 z dnia 24 stycznia 2022 r. Izba nakazała dokonać czynności odtajnienia dokumentów w postaci wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2021 r., złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ust.1 ustawy Pzp przez przystępującego wraz wszelkimi załącznikami zastrzeżonymi przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnienie tych dokumentów odwołującemu.

Przystępujący dokonał wyliczeń i w wyjaśnieniach z dnia 14.12.2021 r. , łączny koszt usuwania chwastów przeliczając koszty na dzień to 245,38 zł netto (obejmowało koszty paliwa, koszty osobowe, koszty zagospodarowania odpadów), co w przeliczeniu na 100 m² wyniosło 5,56 zł netto. Izba wskazuje, że przystępujący w ofercie wskazał 6,00 zł. Izba zważyła, że przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 14.12.2021 r. stwierdził, że posiada odbiorcę na kody 17 05 04 i 2002 02, który w procesie R5 przetworzy je za cenę 9 zł netto za Mg (załącznik nr 4 do wyjaśnień). Dodatkowo Izba wskazuje na dowody złożone przez przystępującego na rozprawie świadczące o wykonywaniu powyższej usługi za 9 zł netto w postaci faktur wystawionych przez PIASKOWNIA D.M. M.M. s.c. (faktura VAT 239/2021, faktura VAT 319/2021, faktura VAT 445/2021). Zdaniem Izby usuwanie chwastów należy wiązać łącznie z usuwaniem namulów, tym samym Izba stoi na stanowisku, że wyliczenia przystępującego co do kosztów związanych z usuwaniem chwastów obejmują również koszty związane z usuwaniem namulów.

Nadto Izba zważyła, że odwołujący dokonał własnej kalkulacji cenowej, wskazując w odwołaniu rodzaje kosztów: koszty paliwa, koszty osobowe, koszty zagospodarowania odpadów. Odwołujący nie kwestionował kosztów paliwa czy kosztów osobowych dokonanych przez przystępującego, lecz kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów. Izba zważyła, że w swoich wyliczeniach Odwołujący przyjął odpad o kodzie 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów) na składowisko odpadów w Przedsiębiorstwie Zagospodarowania Odpadów Sp. z o. o. w Gliwicach za cenę 180 zł netto za 1 tonę (dowód PZO stanowiący załącznik nr 7 do odwołania). Łączny koszt usuwania chwastów (jak wskazał odwołujący w odwołaniu bez kosztów usuwania namułu) przeliczając koszty na dzień to 447,18 zł netto (obejmowało koszty paliwa, koszty osobowe, koszty zagospodarowania odpadów), co w przeliczeniu na 100 m² wyniosło 10,13 zł netto. Izba zważyła, że na dzień 08.02.2022 r. odwołujący nie miał podpisanej umowy z Przedsiębiorstwem Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. (dowód złożony przez przystępującego na rozprawie), więc co podnosił na rozprawie przystępujący w dniu składania ofert odwołujący nie miał pewności, że taka umowa będzie podpisana i PZO nie gwarantuje ceny przez cały rok. Izba zważyła, że odwołujący nie wykazał na rozprawie, że ma zawartą umowę z Przedsiębiorstwem Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o.

Izba zważy, że przystępujący na rozprawie przedstawił dowody, że prace objęte przedmiotem zamówienia w zakresie odchwaszczania i usuwania namulów wykonywał w poprzednich latach za 0,60 gr za 100 m² i 0,75 gr za 100 m² i cena 6,00 zł daje gwarancje należytego wykonania zamówienia (dowód: protokół negocjacji z dnia 27.04.2020 r., protokół negocjacji z dnia 27.08.2020 r., referencje z dnia 29.10.2021 r.). Izba zważy także, że wykonanie usuwania chwastów i namulów za cenę 0,60 gr za 100 m² i 0,75 gr za 100 m² znajdują się w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 14.12.2021 r. Izba zważy także, że Odwołujący na rozprawie nie kwestionował powyższych cen.

Ponadto Izba stoi na stanowisku, że przystępujący nie musiał w niniejszym postępowaniu legitymować się zezwoleniem na zbieranie odpadów, tym samym odpady m.in. koszty transportu. Nadto Izba wskazuje, że z wyjaśnień przystępującego z dnia 14.12.2021 r. wynika, że przystępujący posiada własne kontenery, w związku z powyższym przystępujący nie będzie ponosić kosztów związanych z wynajmem lub dzierżawą.

Co do twierdzeń odwołującego, że zamawiający nie zamawiał kompleksowej usługi oczyszczania chodników, ale odrębne usługi (odrębnie wycenione, zlecane i rozliczane) Izba stoi na stanowisku, że odwołujący nie ma racji. Odwołujący powołuje się na § 5 wzoru umowy.

Zgodnie z § 5 wzoru umowy (załącznik nr 5b do SWZ):

1. Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru. Zamawiający może wskazać także w trakcie realizacji umowy dodatkowe powierzchnie które powinny zostać przez Wykonawcę oczyszczone w czasie ustalonym z Zamawiającym, które nie zostały uwzględnione w wykazie ulic Załącznik nr 12 a-c do SWZ. W przypadku dodatkowo zleconych miejsc do oczyszczenia Zamawiający przekazuje Wykonawcy ich powierzchnię i na tej podstawie pod koniec każdego miesiąca Zamawiający dokona płatności za oczyszczone metry. Zamawiający zastrzega sobie w każdym czasie trwania umowy możliwość zwiększania lub zmniejszania powierzchni które należy oczyścić. Zamawiający może wskazać wykonawcy do oczyszczenia (zamiatania), mycia w postaci całej ulicy lub jej części bazując na jednostkach miar wskazanych w ofercie.

2. Wynagrodzenie za roboty o których mowa w ust.1. stanowić będzie wynikową ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Ofercie, przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj.:

netto: zł (słownie: zł), powiększoną o podatek VAT w

wysokości: zł (słownie: zł), co daje kwotę brutto

w wysokości:zł (słownie: zł).

3. W przypadku obniżenia stawki podatku od towarów i usług wynagrodzenie wskazane w ust. 2. niniejszego paragrafu umowy ulegnie stosownemu obniżeniu, z tym, że kwota netto obliczona z uwzględnieniem obowiązującej w dacie zawarcia umowy stawki podatku od towarów i usług nie ulegnie zmianie.

4. Strony ustalają następujące zasady rozliczeń i płatności za wykonane roboty:

- rozliczenie miesięczne,
- podstawą wystawienia faktury jest zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru.

5. Płatność faktur będzie dokonywana przelewem przez Zamawiającego na rachunek Wykonawcy wskazany w fakturze w terminie do 21 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu.

6. Za dzień zapłaty uważany będzie dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.

7. Zamawiający może dokonać zapłaty należności przelewem w formie metody podzielonej płatności, o której mowa w ustawie o podatku od towarów i usług.

8. W przypadku realizacji przez Zamawiającego, płatności, o której mowa w ust. 7 Zamawiający

przekazać wartość netto zobowiązania wskazaną na fakturze przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy w banku.....
zaś wartość podatku VAT zobowiązania wskazaną na fakturze na osobny rachunek VAT Wykonawcy. Wykonawca oświadcza, że wskazany rachunek bankowy jest rachunkiem firmowym.

9. Faktury należy wystawić na:

Gliwice - Miasto na prawach powiatu

ul. Zwycięstwa 21

44-100 Gliwice,

NIP: 6311006640.

Dodatkowo na fakturze w polu „odbiorca” lub „adresat” należy umieścić nazwę i adres jednostki organizacyjnej - Zarząd Dróg Miejskich ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice.

10. Za wykonane usługi oczyszczania na drogach niepublicznych a zleconych przez Zamawiającego, Wykonawca będzie wystawiał faktury miesięczne na Miasto Gliwice, 44-100 Gliwice ul. Zwycięstwa 21, NIP 631-10-06-640.

11. Podstawą płatności za usługi o których mowa w ust. 10, będzie dołączony do faktury protokół odbioru podpisany przez Wykonawcę i osobę wyznaczoną przez Zamawiającego do nadzorowania i kontroli postanowień umownych wymienioną w § 10 ust.2 umowy.

12. W przypadku rozbieżności pomiędzy terminem płatności wskazanym w dokumentach księgowych, np. fakturach, rachunkach, notach odsetkowych a wskazanym w niniejszej umowie przyjmuje się, że prawidłowo podano termin określony w umowie.

13. Zamawiający oświadcza że jest płatnikiem podatku VAT.

14. Zamawiający nie wyraża zgody na obrót wierzytelnościami wynikającymi z niniejszej umowy.

Łbza zważa, że zamawiający wskazał w SWZ co jest przedmiotem zamówienia, czyli zmiatanie chodników, usuwanie chwastów i namulów, zbieranie śmieci. Łbza na podstawie dowodów przedstawionych przez przystępującego (dowód przystępującego w postaci zbiorczego zestawienia prac odwołującego (maj-grudzień 2021, jak i dołączone do niego oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni w poszczególnych miesiącach obejmująca dni) stoi na stanowisku, że wynika z nich, że w ramach oczyszczania chodników oraz pasów zieleni obejmowała wszystkie usługi w danym miesiącu (suma m2), czyli zmiatanie, usuwanie przerostu i chwastów, zbieranie śmieci. Łbza stoi na stanowisku, że zamawiający we wzorze umowy (załącznik nr 5b do SWZ) wskazał jedynie sposób realizacji tych prac oraz sposób ich rozliczania.

Łbza zważa, że odwołujący kwestionuje tzw. koszty dodatkowe wskazane w wyjaśnieniach z dnia 14.12.2021 r., które to dotycząc usługi usuwania chwastów i namulów zostały przez przystępującego skalkulowane w cenie innej usługi. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że dodatkowe koszty związane z wykonywaniem całości usług oczyszczania chodników i pasów zieleni zostały w kalkulowane w przychód usługi stanowiącej ponad 60% wartości zamówienia. Odwołujący twierdził w odwołaniu, że ze względu na sposób zlecania usług i ich rozliczania przyjęty przez zamawiającego powoduje, że każdy z odrębnie wycenianych elementów oferty (każdy z trzech rodzajów usług) jest odrębnym przedmiotem zamówienia zlecanym do wykonania, a następnie osobno rozliczanym. Tym samym ujęcie dowolnego rodzaju kosztów danej usługi w innej powoduje, że dla tej pierwszej nie skalkulowano wszystkich związanych z jej wykonaniem kosztów. Łbza nie zgadza się z podejściem odwołującego, ponieważ nie można w niniejszym postępowaniu stawiać tezę, że każdy z odrębnie wycenianych elementów oferty (każdy z trzech rodzajów usług) jest odrębnym przedmiotem zamówienia. Łbza stoi na stanowisku, że gdyby tak było to zamawiający uczyniłby osobne pakiety (zadania) - Łbza wskazuje, że przedmiotem zamówienia było wykonanie Zadania nr 6 (jednego)- do wykonania, które były by wówczas odrębnie rozliczane. Ponadto zdaniem Łbzy wykonawca kalkulując cenę ofertową zamówienia składającego się z kilku elementów, tj. zmiatanie chodników, usuwanie chwastów oraz namulów, zbieranie śmieci może koszty ogólne (tzw. koszty dodatkowe) odnieść

do całego zamówienia, czyli zadania nr 6 obejmującego zmiatanie chodników, usuwanie chwastów oraz namulów, zbieranie śmieci. Izba zważyła, że także przystępujący na rozprawie wskazywał, że wyodrębnienie poszczególnych czynności miało charakter organizacyjny w zakresie zlecania i rozliczania. Gdyby zamawiający chciał, by były to odrębne zadania to poczyniłby pakiety, wówczas wykonawcy mogliby składać oferty.

Nadto Izba wskazuje, że 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.

Odwolujący w odwołaniu odnosi się do wyroku z dnia 11 maja 2021 r. sygn. akt. KIO 1118/21 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą Gliwicach pn. Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w 2021 r., w którym Izba wyraziła pogląd, że każdy z wyodrębnionych w formularzu cenowym składników ceny, w tym poz. 2, może być uznany za jej istotną część składową, niezależnie od proporcji w stosunku do całości ceny. Każdy składnik rzutuje, bowiem na realność wykonania elementu podzielnego i rozliczanego odrębnie świadczenia zawartego w ofercie. Na kanwie powyższych rozważań Izba - w ww. postępowaniu - uznała za chybioną argumentację zamawiającego oraz przystępującego, iż cena zawarta w poz. 2 „usuwanie chwastów” nie może być uznana za istotną część składową ceny ofertowej.

Izba zważyła, że w niniejszym postępowaniu przystępujący zaoferował cenę za 100 m²:

- zmiatanie chodników 2,80 zł, suma netto 1 122 975,00 zł
- usuwanie chwastów oraz namulów 6,00 zł netto, suma netto 63 591,48 zł
- zbieranie śmieci 1,07, suma netto 232 068.46 zł;

Odwolujący:

- zmiatanie chodników 2,77 zł, suma netto 1 110 943,13 zł
- usuwanie chwastów oraz namulów 21,00 zł netto, suma netto 222 570,18 zł
- zbieranie śmieci 1,07, suma netto 232 068.46 zł;

Wykonawca ZUKTZ J. W.:

- zmiatanie chodników 2,95 zł, suma netto 1 183 134,38 zł
- usuwanie chwastów oraz namulów 20,00 zł netto, suma netto 211 971,60 zł
- zbieranie śmieci 1,05, suma netto 227 730, 73 zł.

Sumarycznie cena ofert kształtowała się następująco:

Przystępujący: 1 532 125, 73 zł brutto

Odwolujący: 1 690 828, 30 zł brutto

Wykonawca ZUKTZ J. W.: 1 752 663, 65 zł brutto

Izba zważyła, że różnica cen wszystkich wykonawców w niniejszym postępowaniu w stosunku do całego przedmiotu zamówienia jest nieznaczna i ma tym samym charakter rynkowy. Izba zwraca uwagę, że art. 224 ust.1 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (.....) oznacza, że cena zaoferowana przez wykonawcę musi być nierealna do

wykonania przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia było jedno zadanie, zadanie nr 6, na które składało się zmiatanie chodników, usuwanie chwastów oraz namulów, zbieranie śmieci.

Podkreślenia wymaga, że kwestia istotności elementów składowych ceny, podlega ocenie w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest tak, że ocena dokonana przez Izbę w odniesieniu do innego postępowania o udzielenie zamówienia przesądza charakter określonego składnika ceny w innych postępowaniach, to bowiem zależy od uwarunkowań konkretnego postępowania, a także od okoliczności wykazanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie przystępującego. Zdaniem Izby, element składowy w postaci usuwania chwastów oraz namulów nie stanowi istotnej części składowej ceny, ponieważ udział % szacowanej ilości przy usuwaniu chwastów oraz namulów wynosił zaledwie 1,68%. Nadto, Izba zważa, że nawet gdyby uznać, że element zadania 6 w postaci usuwania chwastów oraz namulów jest to istotna część składowa ceny, to również i w tym przypadku odwołujący nie wykazał, że przystępujący za cenę 6,00 zł nie jest w stanie wykonać tego elementu za tę cenę z należytą starannością.

Izba stoi na stanowisku, że w odniesieniu do zarzutów odwołującego co do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie zebranego materiału dowodowego brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta przystępującego złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba zważa, że Odwołujący nie wykazał na rozprawie, że przystępujący zaoferował wykonanie czynności usuwania chwastów oraz namulów poniżej kosztów ich świadczenia (co było by pochodną zaoferowania ceny jako rażącej). Tym samym twierdzenia odwołującego, że przystępujący dokonał manipulacji cenowej, że doszło do zagrożenia interesów wykonawców, w tym odwołującego nie mają potwierdzenia w materiale dowodowym.

Izba zważa ponadto, że przystępujący w wyniku innej formuły zagospodarowania odpadu powstającego przy realizacji usługi (w poprzednim wymóg określony przez zamawiającego w SWZ o kodzie 20 03 03 a w obecnym postępowaniu bez wymogu kodowego) mógł uzyskać niższą cenę (koszty) w zakresie zagospodarowania odpadu.

W konsekwencji odpadł też zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 oraz 16 ustawy Pzp. Nadto Izba zważa, że dowód nr 1 odwołującego złożony na rozprawie nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: