Sygn. akt: KIO 154/23

WYROK

z dnia 1 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. (ul. Przemyska 15, 37-500 Jarosław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Stary Dzików (ul. T. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. (ul. Przemyska 15, 37-500 Jarosław) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Gmina Stary Dzików (ul. T. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 154/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 17 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Stary Dzików na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Stary Dzików”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 20/12/ 2022 r., nr 2022/BZP 00506026.

Odwołujący wskazał, że (1) kwestionuje wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o., która w ocenie Odwołującego została wybrana z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji. Ta oferta zdaniem wykonawcy, (2) powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niska cenę w stosunku do Odwołującego, a złożenie przez Wykonawcę takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji co doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Podniósł także zarzut (3) błędnego oszacowania wartości zamówienia poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych kosztów działalności wynikających między innymi ze spełniania wymagań określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122)

Wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 112 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp - zaniechanie zwrócenia się do oferenta ZGK Tryńcza o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów potwierdzających spełnianie wymagań określonych rozporządzeniem Ministra

Środowiska w szczególności w zakresie dotyczącym bazy magazynowo — transportowej oraz pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym wybór oferty złożonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. , co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert, zwłaszcza w zakresie wymogu posiadania bazy magazynowo — transportowej oraz pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji zamówienia, określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska. ZGK Tryńcza nie posiada zezwoleń na zbieranie odpadów, a jedynie prowadzi działalność w oparciu o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W ocenie Odwołującego ZGK Tryńcza nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia

określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów oraz nie spełnia wymogu

posiadania bazy magazynowo — transportowej niezbędnej do świadczenia tego typu usług związanych z odpadami (Opis przedmiotu zamówienia pkt. 8).

2) art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pzp. - naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez ZGK Tryńcza oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert, oraz nie uwzględnił, że oferta ZGK Tryńcza zawiera rażąco niska cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie uwzględnił, że Odwołujący posiada wszelkie stosowne zezwolenia, spełnia wszystkie wymogi określone przepisami prawa, zwłaszcza rozporządzeniem Ministra Środowiska, między innymi w zakresie posiadania bazy magazynowo — transportowej,

3) art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 - wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez ZGK Tryńcza warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów jak chociażby posiadania bazy magazynowo transportowej zawierającej wyposażenie określone rozporządzeniem Ministra Środowiska posiadanie pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji zamówienia , których przecież Zamawiający wymaga w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w „Opisie przedmiotu zamówienia" jest niewykonalne w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych, co doprowadziło do sytuacji, iż oferta Odwołującego złożona w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego;

4) art. 28 pzp - niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów w zakresie gospodarki odpadami panujących na rynku polskim oraz faktycznych kosztów ponoszonych przez podmioty świadczące usługi odbierania, zagospodarowania czy transportu odpadów co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu; (2) wezwanie wykonawcy ZGK Tryńcza do przedłożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postepowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile to wynika z odrębnych przepisów — przedłożenie zezwolenie na zbieranie odpadów oraz dokumentów potwierdzających posiadanie bazy magazynowo - transportowej, o której mowa w SWZ w Opisie Przedmiotu Zamówienia wyposażonej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska; (3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZGK Tryńcza w związku z faktem iż jej cena jest rażąco niska i wykonawca ten nie spełnia wymogów określonych w SWZ przez Zamawiającego. Wniósł ponadto o (4) Nakazanie Zamawiającemu ponownego, poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia; oraz (5) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania zgodnie z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu okoliczności faktycznych i prawnych odwołania i wskazując na dowody na ich poparcie podał:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (…) i posiada interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia. W dniu 20.12.2022r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania Specyfikacje Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wraz z załącznikami, z których wynika , że wykonawca zobowiązany jest do spełniania wymagań określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia I I stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2023r. poz. 122), w szczególności w zakresie dotyczącym bazy magazynowo — transportowej oraz pojazdów i urządzeń wykorzystywanych ro realizacji przedmiotu zamówienia. Dowód: SWZ wraz z załącznikami Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 29 grudnia 2022 r. do godziny 9:00 zostały złożone na stronie prowadzonego postępowania (…) następujące oferty: Oferta nr 1 : Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o.

Oferta nr 2: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu sp. z o.o.

W dniu 12.01.2022 r. Zamawiający przekazał zawiadomienie o wyborze oferty po wcześniejszym unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz po ponownym badaniu i ocenie ofert. Dowód: 1) Zawiadomienie o unieważnieniu wybory najkorzystniejszej oferty oraz ponownym badaniu i ocenie oferty z dnia 10.01.2023r. (oryginalna data 10.01.2022) 2) Zawiadomienie o wyborze oferty dnia 12.01.2023r. (oryginalna data 12.01.2022)

W ocenie Odwołującego proponowane przez firmę ZGK Tryńcza warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Podkreślenie wymaga fakt, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty pod względem formalnym jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący spełnia wszystkie określone przez przepisy prawa wymogi do prowadzenia działalności w zakresie odbierania, zbierania, zagospodarowania, transportu odpadów , w tym miedzy innym posiada bazę magazynową — transportową oraz pojazdy i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, co miedzy innymi wynika z informacji przekazanych zarówno przez Starostę Przewoskiego jak i Marszałka Województwa Podkarpackiego wykonawca ZGK Tryńcza nie posiada i nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska, w tym nie posiada bazy magazynowo — transportowej spełniającej określone wymogi.

Wybór oferty która nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Dlatego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 224 ust. 1 poprzez wybór oferty pozornie najkorzystniejszej podczas gdy zaproponowane przez Firmę ZGK Tryńcza warunki cenowe zawierają rażąco niska cenę, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowana cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów jak chociażby posiadanie bazy magazynowo - transportowej jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych jak i zapisów SWZ jak również warunków rynkowych , co doprowadziło do uznania iż pozostała oferta złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego przedstawione przez firmę ZGK Tryńcza warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem odpadów i utrzymaniem czystości w gminach. Ponadto każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty oraz spełniana wszystkich wymogów określonych przez Zamawiającego, gdyż może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień czy przedłożenia dokumentów. dotyczących miedzy innymi

spełniania wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska. Nie może również zejść z pola widzenia fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 28 pzp. poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim co doprowadziło do sytuacji w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych i określonych wymagań i regulacji prawnych w zakresie gospodarki odpadami.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów: 1) Zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postepowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile to wynika z odrębnych przepisów — przedłożenie zezwolenie na zbieranie odpadów oraz dokumentów potwierdzających posiadanie bazy magazynowo - transportowej , o której mowa w SWZ w Opisie Przedmiotu Zamówienia wyposażonej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska; 2) Wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu postepowania wraz z załącznikami - znak: 26.24.2022 z dnia 30.12.2022r. 3) Wniosek Odwołującego o udostepnienie protokołu postepowania wraz z załącznikami oraz innych dokumentów - znak: 26.24.2022 z dnia 03.01.2023r. 4) Wniosek Odwołującego o udostepnienie protokołu postepowania wraz z załącznikami oraz innych dokumentów - znak: 26.24.2022 z dnia 04.01.2023r. 5) Wydruki wygenerowane ze strony prowadzonego postepowania na dowód odpowiedzi Zamawiającego na wnioski Odwołującego ad.2) do ad. 4) wraz z załączonymi dokumentami. 6) Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownym badaniu i ocenie ofert — znak ZP.271.6.2022 z dnia 10.01.2022r. 7) Decyzja Starosty Przeworskiego znak GO.6233.10.2017 z dnia 26.09.2017r. w sprawie wydania zezwolenia na zbieranie odpadów, 8) Decyzja Starosty Przeworskiego znak GO.6233.2.2019 z dnia 27.03.2019r. w sprawie wygaśnięcia decyzji z dnia 26.09.2017r. znak GO.6233.10.2017.

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 27/01/23) wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w całości

2. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

W ocenie Zamawiającego, oferta złożona przez wybranego Wykonawcę, tj. Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy (ZGK w Tryńczy) nie podlega odrzuceniu. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania wskazuję co następuje:

I. Zarzut braku posiadania przez ZGK w Tryńczy wymaganych uprawnień.

Zamawiający w Rozdziale VI SWZ – Warunki udziału w postępowaniu, w pkt 2 wskazał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.” Skoro więc, Zamawiający nie określił jakichkolwiek warunków udziału związanych z uprawnieniami Wykonawcy, nie ma możliwości, aby Wykonawca tego warunku nie spełnił. Ponadto, wskazywane przez Odwołującego zezwolenie na zbieranie odpadów nie jest w przypadku przedmiotowego zamówienia konieczne, albowiem opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje ich zbierania, a jedynie ich odbiór i zagospodarowanie. Prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wiąże się z obowiązkiem zbierania tych odpadów, w tym obligatoryjnego zbierania tych odpadów na terenie bazy magazynowo- transportowej. Wykonawca nie musi w takim przypadku posiadać zezwolenia na zbieranie odpadów. Dowód: Objaśnienia prawne

Ministra Klimatu z dnia 23.07.2020; pismo ZGK w Tryńczy do Zamawiającego z dnia 19.01.2023

W załączonych Objaśnieniach Ministra Klimatu, wskazano jednoznacznie: (strona 3) „Przyjęcie interpretacji, że podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany do uzyskania zezwolenia na zbieranie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych bez względu na to, czy zamierza w rzeczywistości te odpady zbierać, pozostawałoby w sprzeczności z przepisami dotyczącymi uzyskiwania zezwoleń na zbieranie odpadów." Zapisy Opisu Przedmiotu Zamówienia, w tym te na które powołuje się Odwołujący (pkt 8 OPZ) opisują jedynie w jaki sposób ma być wykonywane zamówienie – nie wskazują żadnych wymagań których spełnianie ma być wykazane na etapie składania ofert.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez ZGK w Tryńczy.

Odnosząc się do tego zarzutu, Zamawiający zauważa, iż nie spełniła się żadna z ustawowych przesłanek wezwania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena wybranej oferty:

- jest wyższa niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT,
- stanowi 87,21% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert
- nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ.

Odwołujący w treści odwołania nie wskazał jakichkolwiek dowodów przynajmniej uprawdopodobniających, iż cena zaproponowana przez wybranego Wykonawcę jest ceną nierealną, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi lub nie dającą gwarancji wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

III. Zarzut dotyczący błędnego oszacowania wartości zamówienia.

W pierwszej kolejności Zamawiający zauważa, iż postawienie takiego zarzutu w świetle art. 513 pzp jest niedopuszczalne, albowiem nie dotyczy on czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, a czynności związanej z przygotowaniem takiego postępowania. Niezależnie od powyższego Zamawiający oświadcza, iż szacowania zamówienia dokonał z należytą starannością. O powyższym świadczy chociażby fakt, iż szacunki Zamawiającego (na kwotę 814 201,43 zł brutto) są zbliżone do cen złożonych ofert. W dalszej kolejności Zamawiający zauważa, iż żądania rozstrzygnięcia zawarte w treści odwołania tj. odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę (bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego – brak wniosków odwołania w tym zakresie) lub nakazanie ponownego oszacowania Zamówienia są niemożliwe do spełnienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia uczestniczący w postępowaniu wykonawca. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 23 stycznia 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 20/01/23) w punkcie (…) 4) kopię odwołania do kio przesłano do innych wykonawców biorących udział w postepowaniu w dniu 19.01.2022 r."

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący kwestionując wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. wskazał na naruszenie:

(1) art. 112 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp podnosząc zaniechanie zwrócenia się do oferenta o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów potwierdzających spełnianie

wymagań określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska w szczególności w zakresie dotyczącym bazy magazynowo — transportowej oraz pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego ZGK Tryńcza nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (…) oraz nie spełnia wymogu posiadania bazy magazynowo — transportowej niezbędnej do świadczenia tego typu usług związanych z odpadami – tak jak wskazano w Opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 8);

(2) art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 Pzp, podnosząc naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych (..) w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, że złożona przez ZGK Tryńcza oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert, oraz nie uwzględnił, że oferta ZGK Tryńcza zawiera rażąco niska cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie uwzględnił, że Odwołujący posiada wszelkie stosowne zezwolenia, spełnia wszystkie wymogi określone przepisami prawa, zwłaszcza rozporządzeniem Ministra Środowiska, między innymi w zakresie posiadania bazy magazynowo — transportowej";

(3) art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 z uwagi (…) na wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez ZGK Tryńcza warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów jak chociażby posiadania bazy magazynowo transportowej zawierającej wyposażenie określone rozporządzeniem Ministra Środowiska posiadanie pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji zamówienia , których przecież Zamawiający wymaga w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w „Opisie

przedmiotu zamówienia" jest niewykonalne w świetle aktualnych regulacji prawnych jak również warunków rynkowych , co doprowadziło do sytuacji , iż oferta Odwołującego złożona w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego";

(4) art. 28 Pzp podnosząc (..) niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów w zakresie gospodarki odpadami panujących na rynku polskim oraz faktycznych kosztów ponoszonych przez podmioty świadczące usługi odbierania, zagospodarowania czy transportu odpadów co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym

uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego".

Zarzut naruszenia art. 28 Pzp związany z ustaleniem wartości zamówienia nie podlegał rozpoznaniu przez skład orzekający Izby. Przede wszystkim zarzut ten został podniesiony z naruszeniem terminów wynikających z art. 515 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem do którego należy odnieść ten zarzut:

„3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: (…)

2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne".

O ustalonej wartości zamówienia oraz o okolicznościach związanych z jej ustaleniem przy zachowaniu reguł podanych w przepisie wykonawca mógł powziąć wiadomość począwszy od daty 20 grudnia 2022 r. z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Mając zatem na uwadze odpowiednio regulację z art. 528 pkt 3 Pzp co do podstaw odrzucenia odwołania, wskazany zarzut zgłoszony po terminie nie podlegał rozpoznaniu.

Rozpoznając z kolei zarzuty dotyczące oferty Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o, Izby stwierdziła ich niezasadność.

Pierwszy z zarzutów naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp nie spełniania wymagań przez wykonawcę ZGK oparto na postanowieniu punktu 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia (zał. nr 6 do SWZ) wskazując na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania tego wykonawcy do przedłożenia dowodów na potwierdzenie:

/ spełniania wymagań określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska w szczególności w zakresie dotyczącym bazy magazynowo — transportowej oraz pojazdów i urządzeń wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

/ w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (…)

W tym przypadku Izba zgodziła się z Zamawiającym, że ten zarzut jest niezasadny, albowiem dokonanie oceny oferty nastąpiło na podstawie wymagań opisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) i jej załącznika nr 6 (OPZ).

Izba, tak jak podkreślał Zamawiający w odpowiedzi i na rozprawie, wskazuje:

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem VI. 2) SWZ (Warunki udziału w postępowaniu) podał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie.

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Zamawiający nie stawia warunku w powyższym zakresie."

Z tego postanowienia bezspornie wynika, że Zamawiający nie określił warunków udziału związanych z uprawnieniami Wykonawcy, zatem nie ma możliwości, aby wzywał wykonawcę do wykazania spełnienia nie opisanego warunku. Izba nie oceniała, czy wskazywane przez Odwołującego zezwolenie na zbieranie odpadów jest w przypadku przedmiotowego zamówienia konieczne, albowiem taka ocena wykraczałaby za zarzuty podniesione w odwołaniu. Ponadto taki zarzut wobec treści ogłoszenia – mając na uwadze z kolei art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp – byłby podniesiony po terminie.

Izba także zwraca uwagę, że także warunku przedmiotowego, co do przedmiotu zamówienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym obligatoryjnego zbierania tych odpadów na terenie bazy magazynowo- transportowej i oznakowania pojazdów, nie zostały w SWZ zdefiniowane dla potrzeb oceny oferty. Zatem wymagania z punktu 8 OPZ w związku z przywołanym w nim rozporządzeniem Ministra Środowiska mogą odnosić się do etapu realizacji zamówienia i na etapie realizacji podlegać ocenie. Należało zgodzić się z Zamawiającym, że postanowienia OPZ jego pkt 8) wskazywane przez Odwołującego opisują w jaki sposób ma być wykonywane zamówienie – nie wskazują natomiast żadnych wymagań których spełnianie ma być wykazane na etapie składania ofert.

Także drugi z zarzutów nie podlega uwzględnieniu, a mianowicie naruszenia art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 Pzp. Odwołujący podnosząc ten zarzut w jego uzasadnienie twierdził, że (1) proponowane przez ZGK Tryńcza warunki cenowe związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. Takie reguły w odniesieniu do tego zamówienia nie

zostały w najmniejszym stopniu wykazane. Podobnie nie zostało uprawdopodobnione twierdzenie, co do braku bazy magazynowo – transportowej i oznakowania pojazdów na etapie składania oferty (co nie było nota bene wymagane w SWZ) i wpływu takiego hipotetycznego braku na cenę ofertową w przedmiotowym postępowaniu. Argumenty braku konkurencyjności jakie przedstawia Odwołujący w odwołaniu odnosi do

ceny jego oferty, w sytuacji gdy w tym postępowaniu, oferty złożyło tylko dwóch wykonawców: Odwołujący z ceną 1.150.248,60 zł i ZGK w Tryńczy z ceną 889.500 zł. Odwołujący twierdząc, że przedstawione przez firmę ZGK Tryńcza warunki cenowe całkowicie nie odpowiadają istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem odpadów i utrzymaniem czystości w gminach w najmniejszym stopniu tego nie dowodzi. Podobnie twierdząc, że Zamawiający nie dochował (…) należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim co doprowadziło do sytuacji w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych i określonych wymagań i regulacji prawnych w zakresie gospodarki odpadami".

Izba zwraca uwagę, że w punkcie 3 Protokołu (…) [DrukZP-TP] wskazując na wartość zamówienia: 661 952,38 zł, co stanowi równowartość 148 633,10 euro podano, że „Wartość zamówienia została ustalona w dniu 19.12.2022 r. na podstawie (….) kosztorys usługi" do którego argumentacja Odwołującego się nie odnosi.

Mając zatem na uwadze stan faktyczny i prawny tej sprawy Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał ustawowych przesłanek wezwania wykonawcy ZGK do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Cena wybranej oferty:

- jest wyższa niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT,
- stanowi 87,21% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

I nie wykazano, że powinna ona budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ".

Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek dowodów przynajmniej

uprawdopodobniających, iż cena zaproponowana przez wybranego Wykonawcę jest ceną nierealną, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi lub nie dającą gwarancji wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy także nie mógł podlegać uwzględnieniu podnoszony zarzut naruszenia art. 239 w związku z art. 224 ust. 1 oparty także na twierdzeniu, że oferta Odwołującego złożona w toku postepowania o udzielenie zamówienia publicznego uznana została nieprawidłowo za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.