

Sygn. akt: KIO 1057/23

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego „Kompostech” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wiklinowa 4A, 33-300 Nowy Sącz, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego –

Podhalańskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Tysiąclecia 35A, 34-400 Nowy Targ

przy udziale

Wykonawcy – Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kwiatkowskiego 8, 33-101 Tarnów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1057/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Podhalańskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Nowym Targu, w trybie podstawowym na przyjęcie i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 08 05 – ustabilizowane komunalne osady ściekowe (sygn.

postępowania: 2/DI/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.02.2023 r., 2023/S 033-095390, wobec czynności dotyczącej części 1 zamówienia z 4.04.2023 r. polegającej wyborze oferty najkorzystniejszej (Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o.), Wykonawca Kompostech Sp. z o.o. w Nowym Sączu (Odwołujący) wniósł w dniu 11.04.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1057/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o., mimo faktu, iż wykonawca ten będąc wezwanym do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (w ramach części 1 Postępowania) złożył wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w szczególności w wyjaśnieniach tych brak jest jakiegokolwiek kalkulacji złożonej ceny, wyjaśnienia nie są konkretne, mają ogólny charakter, jak i wykonawca, nie wyjaśniając w ogóle ceny (w tym nie przedstawiając żadnej kalkulacji), nie przedstawił tym bardziej dowodów na możliwość poniesienia wymaganych kosztów w taki sposób, aby obejmowały one zaoferowaną cenę (co oznacza również, że nie przełamał on istniejącego domniemania złożenia oferty z rażąco niską ceną), co powoduje, iż jego oferta winna być odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną, a zaniechanie dokonania takiej czynności (odrzucenia oferty) winno być również rozpatrywane jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 128 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania wykonawcy Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów w instalacji w procesach odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, które potwierdzałyby techniczną zdolność wykonawcy do pełnej realizacji przedmiotu

zamówienia w zakresie przetworzenia odbieranych odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości minimum 4060 Mg, a to mając na uwadze następujące samodzielne okoliczności, a to, po pierwsze, iż przedstawione przez tegoż wykonawcę zezwolenie nie potwierdza technicznej zdolności wykonawcy do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przetworzenia odbieranych odpadów o kodzie 19 08 05, w szczególności nie

objmuje ono odpadów o kodzie 19 08 05 z większą zawartością metali ciężkich, czy jaj pasożytów jelitowych, czy też, po drugie, nie pozwala na pełną realizację przedmiotu zamówienia z tego powodu, że zezwala na przetwarzanie tych odpadów wyłącznie wedle zapotrzebowania wykonawcy, a nie wedle potrzeb Zamawiającego, czy też, po trzecie, nie pozwala na pełną realizację przedmiotu zamówienia z tego powodu, że dopuszczone jest przetwarzanie wyłącznie w pełni ustabilizowanych odpadów, podczas gdy odpady pochodzące z oczyszczalni ścieków Zamawiającego nie mogą być za takie uznane;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o. mimo faktu, iż złożona przez niego oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia, gdyż:

zarzut 3A: warunki zamówienia wymagają, aby wykonawca zapewniał odbiór odpadów codziennie w dni robocze (pkt 4 ppkt 2.1.6 SWZ), bez uzależnienia tego od warunków pogodowych, czy też możliwości wykonawcy do ich zagospodarowania, podczas gdy wskazana przez ww. wykonawcę w ofercie instalacja w ramach, której ma dochodzić do przetwarzania tychże odpadów – po pierwsze – nie pozwala na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 w sytuacji wystąpienia nieodpowiednich warunków pogodowych (to jest w przypadku silnych wiatrów, wysokich temperatur, obfitych opadów atmosferycznych [deszczu, śniegu] oraz ujemnych temperatur [uniemożliwiających pracę lub doprowadzających do zbrzylenia osadów i popiołów, powodujące ich niewłaściwe wymieszanie]), a ponadto, po drugie, dostarczanie odpadów o kodzie 19 08 05 do

przedmiotowej instalacji może mieć miejsce „wyłącznie wtedy, gdy zaistnieje możliwość ich bezpośredniego wykorzystania do przygotowania mieszanki popiołów z tymi osadami na przyczepie rozrzutnika”, co powoduje tym samym, że zaferowanie takiej instalacji jest niezgodne z warunkami zamówienia, które wymagają sukcesywnego odbioru odpadów od zamawiającego i ich przetwarzania niezależnie czy to od warunków pogodowych, czy też niezależnie od możliwości wykonawcy (przy czym obie te okoliczności – to jest „warunki pogodowe” oraz „możliwości wykonawcy” mają samodzielne znaczenie dla możliwości uznania tego zarzutu za uzasadniony – w tym znaczeniu, że wystarczy potwierdzenie którejkolwiek z nich, aby uznać, że treść oferty ww. wykonawcy pozostaje sprzeczna z warunkami zamówienia);

zarzut 3B: warunki zamówienia wymagają, aby były przyjmowane do odbioru i przetworzenia odpady o kodzie 19 08 05 (a więc wszelkie, bez zawężania do określonego rodzaju tychże odpadów), podczas gdy wskazana przez ww. wykonawcę w ofercie instalacja w ramach której ma dochodzić do przetwarzania tychże odpadów pozwala jedynie na przetwarzanie odpadów o określonych właściwościach, w szczególności odpadów o kodzie 19 08 05, w

przypadku których nie nastąpi przekroczenie odpowiedniej zawartości metali ciężkich, czy ilości jaj pasożytów.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 zamówienia, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Azoty, ewentualnie wezwania Azoty do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów w instalacji w procesach odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, które potwierdzałyby techniczną zdolność wykonawcy do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przetworzenia odbieranych odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości minimum 4060 Mg.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do wyjaśnień, jakie Grupa Azoty złożyła w zakresie wyliczenia ceny z 20.02.2023 r., a które w ocenie Odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Nie ma w nich nawet ogólnej kalkulacji wykazującej wysokość kosztów, a tym samym nie zawierają one dowodów, które wskazywałyby, iż założenia Wykonawcy są możliwe do przyjęcia. Przedstawione informacje wskazują jedynie na możliwość pominięcia niektórych kosztów, co nie odnosi się do zaproponowanej ceny.

W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał również zdolności technicznej do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przetworzenia odpadów o kodzie 19 08 05 w wymaganej minimalnej ilości. Wynika to z analizy zezwolenia, w związku z przyjętym i opisanym sposobem zagospodarowania odpadów w danym procesie przetwarzania. Z zezwolenia powinno wynikać, iż dotyczy ono przetwarzania wszelkich odpadów o kodzie 19 08 05, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie zawęził tej kategorii odpadów. Decyzja na przetwarzanie odpadów z 30.09.2016 r., znak: SR-III.7244.3.7.2016.AG zawiera ograniczenie wyłączone, gdyż pozwala na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05, które charakteryzują się określonymi cechami. Możliwe jest przetwarzanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o ile będą one spełniały określone cechy, w tym będą to odpady, w przypadku których nie zostanie przekroczona wskazana w decyzji zawartość metali ciężkich, czy też nie będzie przekroczona wskazana w decyzji ilość jaj pasożytów jelitowych. Jednocześnie w zezwoleniu znajduje się zastrzeżenie, „że osady będą dostarczane sukcesywnie, wyłącznie wtedy gdy zaistnieje możliwość ich bezpośredniego wykorzystania do przygotowania mieszanki”. Tymczasem istotą zamówienia jest ciągłe i systematyczne odbieranie odpadów w ilościach, jakie Zamawiający „wyprodukuje” dzień w dzień, a nie wedle potrzeb wykonawcy. Wskazane w zezwoleniu odpady muszą być w pełni ustabilizowane (decyzja z 7.03.2019 r.), tymczasem nie sposób mówić, aby odpady w oczyszczalniach ścieków Zamawiającego zapewniały spełnienie tego wymogu. Zawartość substancji organicznych musi być mniejsza niż 65% - a w istocie powinna być mniejsza niż

55%. (Strategia postępowania z komunalnymi odpadami ściekowymi na lata 2019-2022). Wyniki badań dla oczyszczalni

– Trute, Krościenko, Krempachy, Frydman, Niedzica, Szczawnica (wskazane w pkt 4 ppkt 2.1.5 swz) wskazują na przekroczenie 65% zawartości substancji organicznych. Oznacza to, że odpady te nie mogą być przetwarzane zgodnie z decyzją jaką posiada Wykonawca Grupa Azoty.

Ponadto w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z 10.11.2015 r., znak WOŚ.6220.47.2104.KW wskazano, że prace rekultywacyjne nie będą prowadzone w nieodpowiednich warunkach pogodowych, tj. w przypadku silnych wiatrów, wysokich temperatur, obfitych opadów atmosferycznych (deszczu, śniegu) oraz ujemnych temperatur (uniemożliwiających pracę lub doprowadzających do zbrzylenia osadów i popiołów, powodującego ich niewłaściwe wymieszanie). Powyższe ma podważać możliwość realizacji zamówienia zgodnie z warunkami ustalonymi w swz. Zgodnie z treścią decyzji niemożliwe jest magazynowanie odpadów na terenie składowiska odpadów Czajka I, które muszą być bezpośrednio po dostawie wykorzystane – poddane procesowi zmieszania wydobytym ze składowiska odpadem o kodzie 10 01 15, a następnie układana ma być warstwa rekultywacyjna.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 26.04.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Grupa Azoty Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Grupy Azoty i dokumenty złożone w postępowaniu przetargowym, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części, wyłączając do części II usługę przyjęcia i przetwarzania ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) z oczyszczalni ścieków w Łopusznej. Częścią I zamówienia objęte zostało przyjęcie i przetwarzanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych wytwarzanych w oczyszczalniach ścieków wymienionych w punkcie 2.1.4 (kod odpadu 19 08 05).

W opisie przedmiotu zamówienia dla części I i II Zamawiający wymagał wskazania w ofercie metody przetwarzania osadu (odzysku i/lub unieszkodliwiania) z określeniem lokalizacji instalacji. Do oferty należało dołączyć kopię obowiązującej decyzji na działalność w zakresie oferowanego przetwarzania (odzysku i/lub unieszkodliwiania). Wykonawca zobowiązany był do utrzymania ciągłości ważności decyzji pod rygorem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (załącznik 1A do swz pkt 4).

W ofercie należało określić cenę za przyjęcie i przetworzenie 1 Mg osadu. Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z przetwarzaniem osadów, wazieniem każdego transportu (samochód + przyczepa) z dostarczonym osadem na miejscu przetwarzania oraz wszelkie inne koszty niezbędne do wykonania usługi. Transport osadów realizowany będzie przez Zamawiającego lub podwykonawcę, któremu powierzy usługę transportową. Transport osadów odbywać ma się przy użyciu jednego lub dwóch kontenerów jednocześnie. Jednym transportem dostarczane będzie maksymalnie ok 20 Mg osadów. Wykonawca musi zapewnić możliwość odbioru co najmniej dwóch transportów z osadem dziennie (czterech kontenerów) w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 15:00.

W części I Zamawiający oszacował ilość osadów wytwarzanych w oczyszczalniach ścieków Zamawiającego, przewidzianą do przetworzenia w okresie 12 miesięcy na 4 060 Mg. Zamawiający nie dopuścił odzysku komunalnych osadów ściekowych określonego w art. 96 ust. 1 pkt 1-3, ani odzysku komunalnych osadów ściekowych na cele rolne, o których mowa w art. 96 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U 2022, poz. 699 z późn.zm.). Zawartość suchej masy w osadach jest zmienna w ciągu roku. Według ostatnich wyników analiz, sucha masa wacha się od ok. 12% do 27%. Aktualne szczegółowe wyniki Zamawiający udostępnił pod linkiem. Odwołujący na rozprawie przedłożył wydrukowane wyniki badań laboratoryjnych z 27.01.2023 .

W pkt 7 swz Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, wskazując dla części I zamówienia w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej: ważne zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów w instalacji w procesach odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie odpadu 19 08 05) wydane na podstawie

przepisów ustawy o odpadach. Ww. decyzje muszą potwierdzać techniczną zdolność Wykonawcy do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przetworzenia odbieranych odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości minimum 4060 Mg. Kopię zezwolenia należało załączyć do oferty, a wykonawca najwyższej oceniony składał na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

W dniu 14.03.2023 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Na część I zamówienia złożone zostały trzy oferty z cenami:

L. p.	Nazwa i adres firmy	Cena oferty brutto [zł] - waga 85% (wpisać na otwarciu ofert)	Odległość do miejsca przetwarzania osadów – waga 15% (wpisać na otwarciu ofert)
1	Grupa AZOTY Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. ul. Kwiatkowskiego 8, 33-101 Tarnów NIP: 807-00-13-812	Część I – 1 052 352,00 zł	Część I - 87 km
2	KOMPOSTECH sp. z o.o. ul. Wiklinowa 4A, 33-300 Nowy Sącz NIP: 734-28-96-173	Część I – 2 411 640,00 Część II – 617 760,00 zł	Część I - 44,7 km Część II – 44,7 km
3	Firma Usługowo-Handlowa KOP-EKO K. T. Zalesiany 1, 32-420 Gdów NIP: 683-17-86-963	Część I – 2 630 880,00 zł Część II – 673 920,00 zł	Część I – 44 km Część II – 44 km

Oferta Grupa Azoty uwzględnia cenę netto za Mg – 240,00 zł (259,20 zł brutto). Wykonawca w ofercie zadeklarował metodę przetwarzania osadu R3, R5. Osady przetwarzane będą na składowisku odpadów Czajka I i II. Do oferty załączone zostały decyzje – zezwolenia Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 30.09.2016 r., znak SR-III.7244.3.7.2016.AG na przetwarzanie odpadów w procesach odzysku związku z zamknięciem i rekultywacją wydzielonej części kwatery zachodniej CZAJKI I o powierzchni 14,8 ha, składowiska odpadów CZAJKI I i II, zlokalizowanego w miejscowości Bobrowniki Wielkie (gmina Żabno), Biała (Gmina Tarnów) i miasta Tarnowa (wraz z decyzjami zmieniającymi). W decyzjach opisano szczegółowe warunki przeprowadzenia rekultywacji terenów składowiska odpadów – dopuszczona metoda przetwarzania odpadów. Do wykonania rekultywacji wskazane zostały odpady o kodach, w tym odpad 19 08 05 dostarczany od dostawców zewnętrznych.

W treści zezwolenia znajduje się zapis dotyczący wykonania okrywy rekultywacyjnej zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawy z dnia 14 grudnia 2010 r. o odpadach oraz rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych, w szczególności wskazując na parametry zawartości metali ciężkich, ilości jaja

paszytów jelitowych, które nie mogą być przekroczone. Wskazano również na konieczność dostarczania sukcesywnego osadów wyłącznie wtedy, gdy zaistnieje możliwość ich bezpośredniego wykorzystania do przygotowania mieszanki. Odpady wykorzystywane do wykonania okrywy rekultywacyjnej nie będą magazynowane na terenie składowiska (pkt IV.5).

Odwolujący w swojej ofercie wskazał metodę przetwarzania osadu odzysk w procesie R3. W ofercie trzeciego wykonawcy zaproponowano metodę kompostowania metodą R3.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na część I na kwotę 1.871.660,00 zł netto. Na rozprawie wyjaśnił, iż podstawą szacunków były stawki, po jakich płać za przyjęcie i przetwarzanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych w roku 2022 r. W roku 2022 r. Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki za cenę 190 zł/Mg oraz podpisał umowę z konsorcjum w składzie z Odwołującym za cenę – 490 zł/Mg.

Pismem z dnia 17.03.2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Grupa Azoty do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny, która jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert, wynoszącej 2.031.624,00 zł. brutto.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z 20.03.2023 r. W wyjaśnieniach odniósł się do znaczenia, jakie dla przedsiębiorstwa ma osad pozyskiwany w ramach tego zamówienia, który służyć ma procesom rekultywacji terenów składowiska odpadów Czajki I, na którą to okoliczność załączył decyzje określające ramy czasowe wykonania poszczególnych działań rekultywacyjnych. Zaproponowana cena jest adekwatna do prowadzonego procesu i w tym przypadku trudno porównywać ją z innymi ofertami (chyba, że dotyczą takich samych procesów odzysku, co zaproponowane przez spółkę). Wykonawca ogólnie wskazał na rodzaj kosztów składających się na cenę oferty, które w głównej mierze stanowią koszt w budowania osadów w okrywą rekultywacyjną, koszt amortyzacji wagi samochodowej oraz podatki. Pozostałe koszty z uwagi na stosowaną technologię przetwarzania osadów zostały zredukowane, ponieważ sam proces nie jest energochłonny i nie wymaga dostawy energii, wody, nie wiąże się z koniecznością budowy specjalnej instalacji itp. Wszystkie te czynniki pozwalają wyeliminować znaczne koszty składające się na cenę końcową usługi, które w przypadku przetwarzających osady komunalne innymi metodami, muszą zostać uwzględnione w cenie ich zagospodarowania. Z uwagi na fakt iż osady ściekowe poddawane są odzyskowi, pomijana jest w tym przypadku opłata za umieszczenie ich na składowisku (wnoszona do urzędu marszałkowskiego).

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut związany z treścią wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Wykonawcę Grupa Azoty został zasadniczo wywiedziony w oparciu o tezę, iż wyjaśnienia, które nie zawierają

zestawienia kalkulacyjnego ceny lub kosztu, należy ocenić jako niewystarczające, co Odwołujący zasadniczo zestawiał z koniecznością wykazania wysokości poszczególnych kosztów składających się na cenę końcową oferty, tj. stawkę odbioru i przetworzenia 1 Mg komunalnych osadów ściekowych. Odwołujący nie kwestionował tego, iż sposób przetworzenia osadów zaproponowany w ofercie Grupa Azoty wpływa na wysokość ceny w ten sposób, iż nie uwzględnia ona szeregu kosztów, jakie związane są z innym sposobem przetworzenia. Wysokość tych kosztów nie została wprost wykazana, jednak Wykonawca w wyjaśnieniach wskazywał, iż przyjęte do rekultywacji terenu wysypiska Czajki I osady ściekowe ograniczają znacznie koszty, jakie generowane są przy innym sposobie przetworzenia odpadów.

Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 224 ust. 6 Ustawy wyjaśnienia wykonawcy mają uzasadnić podaną w ofercie cenę lub koszt. Przyczyną powzięcia podejrzenia zaferowania rażąco niskiej ceny była znacząca (przekraczająca 30%) różnica ceny oferty wybranej do średniej pozostałych ofert, które skalkulowane zostały przy odmiennym sposobie przetworzenia osadów ściekowych. Również szacowana wartość przedmiotu zamówienia bazowała na stawce za przyjęcie i przetworzenie osadów w inny sposób, niż zaproponowany w ofercie wybranej (co miało potwierdzenie w cenach po jakich również Odwołujący świadczył usługę w 2022 r.). Powyższe miało istotne znaczenie dla oceny wyjaśnień, w których Wykonawca opisał skutki, jakie wywołuje dla kalkulacji ceny przyjęcie osadów na potrzebę rekultywacji terenu Czajki I, do czego zobowiązują Wykonawcę decyzje administracyjne – załączone do wyjaśnień. Jednocześnie należy zauważyć, iż wyjaśnienia nie zawierały szczegółowego wyliczenia kosztów, w tym kosztów, których Wykonawca nie musi ponosić. Zamawiający faktycznie oceniając wyjaśnienia miał wiedzę co do szczegółów związanych z technologią wykonania rekultywacji, co wskazywało na konieczność zaangażowania sprzętu w prace rekultywacyjne, jak również występujących na rynku różnych stawkach, które obowiązują przy odmiennym sposobie przetworzenia osadów.

W niniejszej sprawie należy podkreślić, iż przepisy ustawy nie determinują konkretnego wzorca wyjaśnień i taki nie może być narzucony przy ocenie złożonych wyjaśnień przez zamawiającego. Również kierowane do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień sprowadzić można do wskazania na konieczność wyjaśnienia ceny (czy też wskazanych elementów), bez identyfikacji sposobu w jaki wykonawca miałby na to wezwanie odpowiedzieć, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Procedura wyjaśnienia, kalkulacji ceny ofertowej wymaga pozostawienia wykonawcy pewnej swobody, która pozwala każdorazowo na dostosowanie wyjaśnień do indywidualnych okoliczności, jakie pozwolą uzasadnić podaną cenę. Co do zasady zamawiający formułując wezwanie poza możliwością zidentyfikowania własnych zastrzeżeń, nie może przesądzić o tym w jaki sposób wykonawca

może swoją cenę uzasadnić, co zasadniczo jest determinowane warunkami w jakich wykonawca prowadzi działalność. W ocenie składu orzekającego nie jest uprawnione, tak na podstawie brzmienia ustawy jak i orzecznictwa, formułowanie kategorięcznych tez co do potrzeby wykazania zasadności ceny wyłącznie prezentując w sposób rachunkowy poszczególne elementy. To okoliczności konkretnego zamówienia, jego specyfika determinują sposób prezentacji ceny w ofercie, co również może mieć wpływ na wyjaśnienia wykonawcy i to w jaki sposób możliwe jest uzasadnienie występujących różnic w cenie. W przedmiotowym postępowaniu oferty kalkulowane były w oparciu o stawkę za 1 Mg osadów, która uwzględniała wskazany w ofercie sposób ich przetworzenia. W każdej z ofert przyjęty został inny sposób przetworzenia, co miało istotny wpływ na wysokość cen.

Uwzględniając specyfikę zamówienia istotnym dla wyjaśnienia ceny i znaczącej różnicy, tak w odniesieniu do pozostałych ofert, jak i szacowanej wartości zamówienia, było wskazanie na okoliczność determinującą sposób realizacji zamówienia w zakresie przetworzenia osadów, tj. przez rekultywację terenów zamkniętego składowiska odpadów Czajka I. Wprawdzie Wykonawca nie podał konkretnego poziomu kosztów, identyfikując je jedynie z nazwy, to informacja o sposobie, w jaki osad będzie przetwarzany była informacją konkretną, popartą dowodami (decyzje) i wyjaśniła niższą cenę w postępowaniu. Ponieważ kalkulacja stawki za odbiór 1 Mg stanowi pewną wypadkową szeregu czynników, prezentacja poszczególnych kosztów usługi, czy to przez wyliczenie kosztów zatrudnienia, czy też kosztów pracy urzędników, nie będzie miało prostego przełożenia na podaną cenę. Faktycznie samo szacowanie wartości zamówienia odbywało się w oparciu o stawki, po jakich Zamawiający płacił za odbiór osadów w roku 2022r., co również było podstawą wyliczenia ceny oferty.

Tym samym wyjaśnienia, w których Wykonawca odnosił się do istotnej okoliczności dotyczącej sposobu, w jaki osady będą przetworzone, należało ocenić jako wykazanie okoliczności uzasadniającej obniżenie stawki poniżej poziomu, jaki prezentowany był w ofertach zakładających odmienny sposób przetworzenia osadów komunalnych. Brak szczegółowych wyliczeń stawki nie oznaczał przy tym, iż wyjaśnienia nie odnosiły się do zaferowanej ceny, co stanowiło zasadniczy argument w tej części zarzutu. Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia, iż wyjaśnienia nie korespondują z ceną. Wskazane w wyjaśnieniach okoliczności dotyczące tego, w jaki sposób Wykonawca zakłada wykorzystanie osadów przy rekultywacji zamkniętego terenu Czajki I, miało na celu uzasadnienie obniżenia ceny. To że Wykonawca nie wyliczył kosztów, jakie zaoszczędził na tej metodzie, nie oznacza, iż Zamawiający mając wiedzę o uwarunkowaniach, na jakich umowa będzie realizowana, nie mógł przyjąć okoliczności wskazanych, jako uzasadniających niższą cenę oferty. Również w orzecznictwie sądowym wskazano, iż

wykazanie istotnej zmiany warunków w jakich miałyby nastąpić wykonanie zamówienia u wykonawcy, uzasadniać może uznanie, iż doszło do wzruszenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny (tak w wyroku Sąd Okręgowy w Krakowie z 12.06.2016 r., sygn. II Ca 2717/15).

W ocenie składu orzekającego należy również zauważyć, iż odmienny sposób przetworzenia osadów powoduje, iż nie ma sensu porównywać ceny oferty wybranej z cenami innych ofert, gdyż te zakładają sposób przetworzenia osadów

generujący zasadniczo inne koszty wykonania usługi i nawet matematyczne zestawienie tych kosztów niczego zasadniczo nie zmieni.

W tej sytuacji Izba przychyliła się do oceny Zamawiającego uznając, iż Wykonawca uzasadnił niższą cenę wskazując na istotną okoliczność, której wpływ na niższą cenę też nie został w żaden sposób podważony w odwołaniu. Odwołujący skupił się wyłącznie na rzekomym braku odniesienia do ceny, co zasadniczo ograniczył wyłącznie do kwestii wyliczenia ceny, a nie jej uzasadnienia. Nie zawsze uzasadnienie ceny musi dokonać się przez szczegółową kalkulację kosztów, co w niniejszej sprawie możliwe stało się przez wykazanie możliwości wykonania zamówienia przez wykorzystanie odebranych osadów na potrzebę rekultywacji terenów zamkniętego terenu Czajki I i II, co ogranicza koszty do tych związanych z wbudowaniem okrywy rekultywacyjnej.

Pozostałe zarzuty związane były z oceną możliwości realizacji zamówienia w zgodzie z wymaganiami, które również nie zostały wykazane przez Odwołującego. Odwołujący kwestionował podmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów w instalacji w procesach odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie odpadu 19 08 05) wydane na podstawie przepisów ustawy o odpadach. Ww. decyzje muszą potwierdzać techniczną zdolność Wykonawcy do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie przetworzenia odbieranych odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości minimum 4060 Mg. Powyższe miało wskazywać na konieczność uzupełnienia dokumentu, co zostało powiązane z wykazaniem braku możliwości pełnej realizacji zamówienia i niezgodnością oferty z warunkami zamówienia, uzasadniające jej odrzucenie.

Grupa Azoty posiada aktualne zezwoleniem na przetwarzanie odpadów w procesach odzysku związku z zamknięciem i rekultywacją wydzielonej części kwatery zachodniej CZAJKI I o powierzchni 14,8 ha, składowiska odpadów CZAJKI I i II, zlokalizowanego w miejscowości Bobrowniki Wielkie(gmina Żabno), Biała (Gmina Tarnów) i miasta Tarnowa. Aktualność tego dokumentu nie była kwestionowana, natomiast Odwołujący dokonując

interpretacji treści decyzji wywodził, iż ograniczenia dotyczące prowadzenia prac rekultywacyjnych i warunki, jakie muszą spełniać osady dostarczane przez Zamawiającego, prowadzić miały do wniosku, iż Wykonawca nie będzie mógł zrealizować zamówienia w pełnym zakresie. W ocenie Odwołującego decyzja wskazuje na ograniczenie w zakresie możliwości przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05, co miało wynikać z treści decyzji, w której wskazano na konieczność przestrzegania przepisów ustawy o odpadach oraz rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie komunalnych osadów ściekowych, w szczególności wskazując na parametry zawartości metali ciężkich, ilości jaj pasożytów jelitowych, które nie mogą być przekroczone. O możliwości przekroczenia tych wartości miały świadczyć przedłożone wyniki badań laboratoryjnych osadów komunalnych, które prowadzić miały do stwierdzenia, iż osady przekazywane przez Zamawiającego nie będą w pełni ustabilizowane. Odwołujący wywodził z zapisu decyzji, w której dopuszczono stosowanie wyłącznie osadów ściekowych pochodzących z oczyszczalni ścieków, w których prowadzona jest pełna stabilizacja osadów, w szczególności przez poddanie ich obróbce biologicznej, chemicznej, technicznej lub innemu procesowi, który obniża podatność osadów na zagniwanie i eliminuje zagrożenia dla środowiska lub życia zdrowia i ludzi, iż ścieki nie będą w pełni ustabilizowane, co miało świadczyć o ograniczeniu możliwości przetworzenia odpadów o kodzie 19 08 05.

Zasadniczo twierdzenia Odwołującego oparte zostały na wniosku, iż osady jakie będą przekazywane do przetworzenia w celu rekultywacji terenu nie będą „w pełni ustabilizowane”, o czym miałyby świadczyć przekroczenie parametrów odpadów o kodzie 19 08 05. Odwołujący powołał się na opracowanie branżowe „Strategia postępowania z komunalnymi odpadami ściekowymi na lata 2019-2022”, mające wskazywać na konieczność zapewnienia zawartość substancji organicznych poniżej 65% - a w istocie powinna być mniejsza niż 55%. Analiza zapisów decyzji administracyjnej stanowi w odwołaniu zasadniczą podstawę zarówno zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, jak również niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia.

Argumenty dotyczące znaczenia pojęcia „w pełni ustabilizowane osady” i jego zestawienie z treścią decyzji administracyjnych, w ocenie składu orzekającego nie prowadzą do wniosku, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, jak również, iż realizacja zamówienia nie będzie możliwa w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. W szczególności podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie powoływał się na żadną definicję, jak również nie wykluczył możliwości przetworzenia osadów w procesie odzysku w ramach rekultywacji terenów składowiska odpadów. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego opierało się wyłącznie na wykładni zapisów decyzji, w której znajduje się odniesienie do osadów poddawanych procesom pełnej stabilizacji, który również nie został w żaden sposób

opisany przez wskazanie co najmniej parametrów, jakich przekroczenie uniemożliwia przyjęcie osadów na potrzeby rekultywacji. Z decyzji wynika natomiast, iż to w oczyszczalni ma być prowadzona pełna stabilizacja osadów, rozumiana jako proces polegający na obróbce biologicznej, chemicznej, technicznej lub innemu procesowi, który obniża podatność osadów na zagniwanie i eliminuje zagrożenia dla środowiska lub życia zdrowia i ludzi. Odwołujący wskazując na wyniki badań laboratoryjnych nadawał odmienną narrację zapisom decyzji, w której poza opisem technologii wykonania rekultywacji nie zostały w żaden sposób opisane ograniczenia tak co do ilości, czy też parametrów osadów. Ponadto, wskazane opracowanie branżowe wprowadziło wyjaśnienie pojęcia „stabilizacji”, to jednak nie można przez jego pryzmat nadawać odmiennego znaczenia postanowieniom decyzji. Strategia nie ma charakteru wiążącego, stanowi pewne podsumowanie branżowe, a podane w niej przykłady, w tym dotyczące procentowych wartości przywołanych przez Odwołującego, odnoszą się do norm niemieckich (czemu Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie).

Powyższe również podważa wniosek odwołania, iż decyzja zawiera ograniczenie do odpadów o kodzie 19 08 05. Decyzje złożone w postępowaniu potwierdzają możliwość realizacji zamówienia, a wywodzone z jej treści ograniczenia rzeczywiście nie występują w odniesieniu do wskazanego rodzaju odpadów 19 08 05 „ustabilizowane komunalne osady

ściekowe". Fragment decyzji powoływany w odwołaniu i na rozprawie nie prowadzi do takiego wniosku. Obejmuje opis wymagań, jakich spełnienia wymaga proces rekultywacji, co nie oznacza, iż decyzja zawiera wyłączenie, w szczególności przez wskazanie wymaganych parametrów osadów komunalnych. Skoro Zamawiający będzie oddawał „ustabilizowane komunalne osady ściekowe”, to nie można twierdzić, iż w oparciu o tą decyzję nie jest możliwe wykonanie zamówienia. To po stronie Zamawiającego spoczywają obowiązki w zakresie dotyczącym przekazywanych osadów i jak wskazywał na rozprawie, w zakresie części I zamówienia we wszystkich lokalizacjach odpady poddawane są procesom stabilizacji.

Również pozostałe podstawy faktyczne zarzutu rzekomego braku możliwości wykonania zamówienia w pełnym zakresie nie zostały przez Odwołującego wykazane. Dotyczy to zarówno aspektów środowiskowych (zjawisk pogodowych), jak również parametrów osadów przekazywanych przez Zamawiającego. Okoliczności te nie mają rozstrzygającego znaczenia dla oceny ważności decyzji, jak i ustalenia, iż obejmuje ona odpady o kodzie odpowiadającym przedmiotowemu zamówieniu. Ograniczenia związane z budową okrywy rekultywacyjnej nie oznaczają, iż przedmiot zamówienia nie może być zrealizowany. Ewentualne przestoje mogą bowiem uzasadniać ustalenie z Zamawiającym innego terminu dostarczenia osadu, jak ma to miejsce w realizowanych dotychczas kontraktach i zostało również przewidziane w postanowieniach umownych. Ponieważ Zamawiający nie wyłączył

tego sposobu przetworzenia odpadów, a Odwołujący nie wykazał istnienia obiektywnej podstawy do zakwestionowania treści decyzji, na podstawie której przedmiot zamówienia może być zrealizowany, Izba oddaliła odwołanie w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis i obciążyla nim Odwołującego w całości. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, zgłoszonego do protokołu rozprawy bez rachunku potwierdzającego wysokość tych kosztów. Zgodnie z § 5 ust. 2 rozporządzenia Izba może zaliczyć do kosztów postępowania odwoławczego uzasadnione koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Zgodnie z art. 573 Ustawy do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed zamknięciem rozprawy zgłosił wniosek o zasądzenie kosztów wg. norm przepisanych, nie składając żadnych rachunków.

W oparciu o brzmienie wskazanych przepisów Izba może zaliczyć do kosztów postępowania uzasadnione koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, które należy złożyć do akt sprawy odwoławczej. Mając na uwadze, iż sam wniosek o zasądzenie kosztów bez wykazania ich wysokości nie może prowadzić do jego uwzględnienia i rozliczenia kosztów pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, należy uznać, iż tylko wniosek wraz z rachunkiem lub spisem kosztów złożonym przed zamknięciem rozprawy stanowi podstawę do zaliczenia w poczet kosztów postępowania kosztów strony o jakich mowa w § 5 ust. 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: