

WYROK

Warszawa, dnia 13 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska
Aleksandra Patyk
Członkowie: Irmína Pawlik
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna we Wrocławiu, FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Zabrze – Urząd Miejski w Zabrzu**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca **PreZero Service Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna we Wrocławiu, FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna we Wrocławiu, FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Miasto Zabrze – Urząd Miejski w Zabrzu** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna we Wrocławiu, FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu** na rzecz zamawiającego – **Miasta Zabrze – Urzędu Miejskiego w Zabrzu** – 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 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zabrze – Urząd Miejski w Zabrzu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 30 września 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka akcyjna we Wrocławiu, FCC Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu** (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy **PreZero Service Południe sp. z o.o.** z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej także: „PreZero”, „przystępujący”),

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy **PreZero Service Południe sp. z o.o.** z siedzibą w Rudzie Śląskiej, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez **PreZero**, z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia

warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez PreZero na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p.

ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu powyższego

naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług w nim wskazanych;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PreZero, pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i co doprowadziło do uznania, że wykonawca ten – wbrew okolicznościom faktycznym – spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia;

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi, z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji nie umieścił instalacji, które byłyby w stanie przyjąć odpady objęte całym przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu instalacji, które z całą pewnością odpadów objętych postępowaniem nie przyjmą;

4) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia PreZero z postępowania i w konsekwencji zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na to, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć i w niniejszym postępowaniu miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego poprzez w szczególności:

- wskazanie na liście instalacji takich podmiotów, które nie przyjmą odpadów objętych przedmiotem zamówienia i z którymi PreZero nie miało zabezpieczonego odbioru odpadów w jakiegokolwiek formie, na dzień składania ofert;

- składanie konsekwentnych i niezgodnych z prawdą oświadczeń w toku postępowania, w przedmiocie kompletności przedłożonej przez wykonawcę listy instalacji i możliwości przyjęcia przez te instalacje odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a wskazanych na liście instalacji PreZero w ofercie;

co doprowadziło do błędnego uznania, że wykonawca ten – wbrew okolicznościom faktycznym – złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia;

5) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że po terminie składania ofert doszło do zmiany treści oferty PreZero w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane do zagospodarowania odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01;

6) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji wskazał instalacje, które nie pozwalają na etapie realizacji zamówienia na zgodne z przepisami ustawy o odpadach zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych;

7) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PreZero i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero z uwagi na fakt, że złożone przez PreZero wyjaśnienia w zakresie istotnych składowych ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero z uwagi na fakt, że oferta Prezero zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

8) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 u.z.n.k., art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2022 roku, poz. 1233 – dalej: u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero, z uwagi na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., z uwagi na:

- czyn nieuczciwej konkurencji polegający na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. w celu uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom (i) nieprawdziwych informacji w zakresie instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania jako że PreZero wskazało w ofercie instalacje, w których nie ma on możliwości zagospodarowania odpadów na etapie realizacji zamówienia oraz (ii) nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, gdyż usługa realizowana na rzecz gminy Pyskowie w zakresie wymaganym przez zamawiającego nie ma wartości przekraczającej kwotę 10.000.000,00 zł;

- czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez sprzedaż usług poniżej cen rynkowych i poniżej kosztów ich świadczenia, w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych;

9) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero

z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w sposób niepozwalający na zaspokojenie zamawiającego z wadium w końcowym okresie terminu związania ofertą;

10) naruszenie art. 239 ust. 1 i art. 17 ust. 2, art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej następstwie wykluczenie wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podniósł, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Naruszenie przez zamawiającego przepisów przywołanych w odwołaniu godzi w interes odwołującego, gdyż to oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co umożliwiłoby odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. W związku z powyższym odwołujący posiada legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej.

W zakresie zarzutu 1. odwołujący podniósł, że w świetle przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w świetle przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach nie można uznać, że wykonawca PreZero legitymuje się oczekiwanym przez zamawiającego doświadczeniem, a tym samym że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a) SWZ. Nie można także uznać, by wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający oczekiwał wykazania się nie mniej niż dwiema usługami polegającymi na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o łącznej wartości minimum 40.000.000 zł, przy czym każda o wartości minimum 10.000.000 zł. Tymczasem usługa realizowana na rzecz gminy Pyskowice obejmuje oprócz odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości również prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), a także usługę polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów budowlanych i rozbiórkowych, które zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy o odpadach nie stanowią odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, że nie można uznać, aby odpady z PSZOK były przez wykonawcę realizującego usługę „odbierane”. Odpady przyjmowane w PSZOK są dostarczane na teren PSZOK przez mieszkańców, nie można zatem stwierdzić, że są odbierane. Prowadzenie PSZOK polega na przyjmowaniu odpadów na terenie PSZOK (nie jest to odbiór odpadów), ich transporcie do właściwej instalacji i ich zagospodarowaniu (przekazaniu do zagospodarowania).

Odwołujący stwierdził, że przyjmowanie odpadów w PSZOK nie stanowi „odbioru” odpadów potwierdzają szczegółowe regulacje zawarte w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednoznacznie rozróżnia odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości od przyjmowania i zagospodarowania odpadów zebranych na punktach selektywnego zbierania odpadów (PSZOK).

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy konsekwentnie rozróżniają podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości od podmiotu prowadzącego PSZOK. Zgodnie z art. 9b ust.1 u.c.p.g. działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców. Stosownie do art. 9c ust. 1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Natomiast w myśl art. 9c ust. 1a u.c.p.g. nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Podkreślenia wymaga, że prowadzenie PSZOK nie stanowi zakresu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze. Tym samym uznać należy, że legitymowanie się przez PreZero doświadczeniem w zakresie, który nie wykazuje związku

z przedmiotem zamówienia, tj. prowadzenie PSZOK, nie może być uznane jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wartość usługi zrealizowana przez PreZero na rzecz gminy Pyskowice w okresie 01.01.2023 r. do 30.06.2024 r. wynosi 10.187.925,59 zł brutto, z czego:

- 9 104 303,25 zł brutto dotyczy odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych;

- 1 083 622,34 zł brutto dotyczy zbierania i zagospodarowania odpadów przyjętych w Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów.

W ocenie odwołującego w tych warunkach uznać należy, że wykonawca PreZero nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, gdyż nie legitymuje się co najmniej dwiema wykonanymi usługami każda o wartości minimum 10.000.000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert polegającymi na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Co więcej, do wartości usługi realizowanej przez PreZero na rzecz Gminy Pyskowice dla celów potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt D) lit. a) SWZ nie można również zaliczyć doświadczenia i wynagrodzenia uzyskanego za realizację usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów budowlanych i rozbiórkowych w BIG-BAGACH ani przyjmowania i zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych w PSZOK.

Odwołujący, powołując się na art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach, stwierdził, że odpady budowlane i rozbiórkowe nie stanowią odpadów komunalnych, zatem doświadczenie zdobyte w tym zakresie przez PreZero nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego nabyte doświadczenie dotyczyć ma realizacji usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Oznacza to, że na dzień składania ofert wykonawca PreZero nie spełnił warunku udziału polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu w ramach jednej usługi odpadów komunalnych o wartości minimum 10 000 000,00 złotych.

Odnosząc się do wartości usług referencyjnych odwołujący stwierdził, że PreZero wskazało w wykazie usług, że posiada doświadczenie w realizacji usługi o wartości 10 187 925,59 zł pochodzące z realizacji umowy dla Gminy Pyskowice. Wartość ta obejmuje także wynagrodzenie, jakie wykonawca ten osiągnął również za usługi dotyczące odpadów budowlanych i rozbiórkowych, które nie są odpadami komunalnymi. Po odjęciu od kwoty 10 187 925,59 zł wskazanej w wykazie usług – kwoty za odbiór i zagospodarowanie odpadów, które nie są odpadami komunalnymi, otrzymujemy wartość: 9 677 299,97 zł (jest to wartość obejmująca także odpady przyjmowane w PSZOK).

Odwołujący podniósł, że wykonawca PreZero nie tylko nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale także nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tych warunkach jego oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący, mając jednak świadomość, że odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną, podniósł zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług w nim wskazanych. Na zamawiającym ciąży bowiem ustawowe obowiązki zmierzające do ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący zakwestionował, że wykonawca PreZero na dzień składania ofert posiadał gwarancje przekazywania odpadów o kodzie 20 02 01 do uprawnionych i wymienionych na liście instalacji, w toku realizacji zamówienia.

Odwołujący zakwestionował, że wykonawca PreZero na dzień składania ofert posiadał gwarancje przekazywania odpadów o kodzie 20 03 01 (odpady zmieszane) do uprawnionych i wymienionych na liście instalacji, w toku realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PreZero powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Oferta PreZero podlega odrzuceniu, gdyż po terminie składania ofert doszło do zmiany treści oferty w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01 do zagospodarowania. W wyjaśnieniach z dnia 20 sierpnia 2024 r. PreZero złożyło w istocie oświadczenie, że odpady o kodzie 20 02 01 będą przekazywane wyłącznie do instalacji prowadzonej przez Best-Eko sp. z o.o. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że PreZero w ogóle nie będzie przekazywało odpadów do instalacji prowadzonej przez FCC Śląsk Sp. z o.o. PreZero złożyło de facto oświadczenie, które winno skutkować wykreśleniem instalacji wskazanej w pozycji 89 listy instalacji, tj. instalacji biologicznego przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych – system NNP prowadzonej przez FCC Śląsk Sp. z o.o. z wykazu instalacji, co stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty.

W ocenie odwołującego oferta PreZero powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż wskazane w formularzu oferty instalacje, do których PreZero zamierza przekazywać odpady budowlane i rozbiórkowe celem ich zagospodarowania, nie pozwalają na zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa zagospodarowanie tych odpadów na etapie realizacji zamówienia, co jest niezgodne z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PreZero nie uzasadniają ceny jego oferty i nie pozwalają na uznanie, że za tę cenę umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie wykonana należyście. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca PreZero nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W ocenie odwołującego ceny jednostkowe przyjęte w ofercie PreZero odnoszące się do odpadów budowlanych i

rozbiórkowych odbieranych w workach BIG-BAG oraz do odpadów selektywnie odbieranych frakcji papier, szkło i metale oraz tworzywa sztuczne są nierynkowe – co potwierdza zarówno ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia, jak również cena przyjęta w ofercie odwołującego.

Odwołujący wskazał, że składając wyjaśnienia wykonawca nie dołożył należytej staranności, udzielone przez niego wyjaśnienia nie są rzetelne. Złożone przez PreZero wyjaśnienia zawierają szereg ogólnikowych twierdzeń, które nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wyjaśnienia te odnoszą się wyłącznie do wybranych elementów cenotwórczych, co nie pozwala na zbadanie prawidłowości obliczenia cen jednostkowych, a w konsekwencji przesądzenie o prawidłowym obliczeniu ceny całej oferty.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia PreZero w zakresie ceny zawierają gołosłowne twierdzenia o tym, że zagospodarowanie odpadów komunalnych wytworzonych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w instalacjach grupy kapitałowej PreZero pozwala na znaczną optymalizację kosztów realizacji usługi. Wykonawca nie przedstawił jednak żadnych wyliczeń ani dowodów na potwierdzenie kosztów ponoszonych w celu utrzymania instalacji własnych bądź kosztów zagospodarowania odpadów w instalacjach należących do innych podmiotów. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, jak posiadane doświadczenie oraz wdrożone procedury zarządzania jakością zapewniają wykonawcy optymalizację kosztów oraz zwiększenie wydajności, co pozwala na zaoferowanie zamawiającemu usług odpowiadających jego oczekiwaniom, za cenę korzystniejszą niż oferty konkurencji. Twierdzenia te stanowią zatem puste twierdzenia, które nie mogą być ocenione jako rzetelne wyjaśnienia uzasadniające przyjęty w ofercie poziom cen. Przykładowo w wyjaśnieniach wykonawca PreZero wskazał, że dysponuje trzema bazami magazynowymi, co pozwala na zrównoważone zarządzanie strumieniem odpadów w niemożliwych do przewidzenia na etapie kalkulacji ofertowej sytuacjach, np. awarie instalacji. Nie wykazał jednak w żadnym stopniu, jakie koszty generuje wykorzystanie trzech baz dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia. Logicznym jest, że korzystanie z trzech baz zamiast z jednej generuje wyższe koszty. Wykonawca skoro odnosi rzekome korzyści z potencjalnej możliwości skorzystania aż z trzech baz, powinien wskazać również koszty związane z ich eksploatacją takie jak: koszt dzierżawy terenu lub koszt podatku od nieruchomości, koszt zabezpieczenia roszczeń związanych z magazynowaniem odpadów na terenie danej bazy, koszt monitoringu wizyjnego miejsc magazynowania odpadów oraz zabezpieczenia bazy przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich, itp. Zauważyć przy tym należy, że Wykonawca nie wskazał, że koszty utrzymania aż trzech baz magazynowo transportowych rozkłada również na realizację innych kontraktów – czy to zawartych w reżimie zamówień publicznych, czy też z kontrahentami prywatnymi. W tych okolicznościach nie wykazał i nie udowodnił wartości dodanej z dysponowania trzema bazami, lecz przeciwnie jego oświadczenie powinno rodzić dalsze pytania o koszty, które zakładany sposób realizacji usługi będzie generować.

Odwołujący podniósł, że analizując wyjaśnienia złożone przez PreZero, nie można uznać, że PreZero wyjaśniło swoją cenę, czy też wskazało i udowodniło wyjątkowe czynniki pozwalające mu na uzyskanie niższych kosztów i zaoferowanie niższych cen zamawiającemu. PreZero nie opisało metodologii sporządzenia kalkulacji ani nie przedstawiło szczegółowych założeń, m.in. co do kosztów obsługi tras odbioru odpadów, kosztów oraz czasu pracy pracowników, kosztów zaangażowania sprzętu z odniesieniem do wydajności, kosztów materiałów eksploatacyjnych, itp. Dodatkowo, nie wykazano poziomu kosztów transportu odpadów i założeń co do możliwości załadunku odpadów, dystansu, wykorzystywanych pojazdów. Nie przedstawiono szczegółowych kosztów przekazania odpadów do zagospodarowania do instalacji wskazanych w formularzu oferty lub dalszych instalacji, do których przekazywane będą odpady, nie legitymując się umowami z podmiotami przyjmującymi odpady prowadzącymi te instalacje wraz z cennikami, fakturami i kwitami wagowymi, które potwierdzałyby możliwość zagospodarowania odpadów w tych instalacjach przez oraz kosztów zagospodarowania, jakie faktycznie wykonawca ponosi. Nie przedstawiono także wyliczeń co do kosztów przeładunku odpadów, a także procesu doczyszczania odpadów. Nie przedstawiono również wyceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w tym ryzyka poniesienia kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych przepisami ustawy poziomów odzysku i recyklingu lub z innych tytułów. PreZero zaniechało także złożenia dowodów, które uzasadniałyby poziom kosztów przyjętych w kalkulacji. Z kolei zaś dowody, które PreZero złożyło wraz z wyjaśnieniami w znacznej mierze nie są wiarygodne.

Odwołujący podniósł, że średni koszt zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych przyjęty został przez PreZero na poziomie 26,25 zł/Mg. Koszt zagospodarowania to jeden z najistotniejszych elementów składowych ceny i został on przyjęty na poziomie wielokrotnie niższym niż ceny rynkowe. Sama wartość kosztów zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych przyjęta przez PreZero w istocie potwierdza, że cena jednostkowa w tej pozycji wyceny przyjęta przez Wykonawcę jest ceną rażąco niską. Wykonawca PreZero szacuje średni koszt zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych na poziomie odpowiednio 25,00 zł/Mg w 2025 roku oraz 27,50 zł/Mg w 2026 roku. Koszt zagospodarowania odpadów w 2025 roku potwierdzony został e-mailową ofertą spółki PreZero Recycling Południe Sp. z o. o. z dnia sierpnia 2024 r., z kolei na 2026 rok założono podwyżkę na poziomie 10%. Odwołujący podkreślił, że oferta PreZero Recycling Południe sp. z o.o. dotyczy wyłącznie odpadów o kodach 17 01 01 - Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów i 17 01 07 - Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje

również inne odpady z grupy 17.

Tak niska estymacja kosztu zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych rodzi uzasadnione podejrzenie, że oferta PreZero Recykling Południe sp. z o.o. została przygotowana wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu. Rynekowy poziom cen za zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 01 01 lub 17 01 07 jest bowiem zdecydowanie wyższy.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i dowody złożone przez PreZero mają wybiórczy charakter, co samo w sobie stanowi ich nierzetelności. Przedłożone przez PreZero wyjaśnienia i dowody nie odnoszą się w ogóle do kosztów zagospodarowania jakichkolwiek innych frakcji odpadów budowlanych niż odpady o kodzie 17 01 01 i 17 01 07. Wysokość stawki kosztów zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych na poziomie 26,25 zł nie odnosi się do wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Podkreślenia wymaga, że odpady odbierane w BIG-BAG-ach nie są odpadami o czystej morfologii, a zatem wykonawca powinien uwzględnić także koszt zagospodarowania odpadów odbieranych w BIG-BAGACH odnosząc się do kosztów zagospodarowania pozostałych frakcji objętych przedmiotem zamówienia, w szczególności odpadów o kodzie 17 09 04.

Koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów o kodzie 17 09 04 – zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 01 i 17 09 03 w instalacji Remondis sp. z o.o. wynosi 450 zł/Mg.

Odwołujący wskazał, że oferta ze Spółki PreZero Recykling Południe sp. z o.o. nie jest wiarygodna z uwagi na poniższe okoliczności. Po pierwsze oferta ta została sporządzona w dniu 6 sierpnia 2024 r., a zatem jeden dzień po skierowaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny przez zamawiającego, co implikuje, że oferta nie została sporządzona dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej przed składaniem ofert, lecz wyłącznie na potrzeby załączenia jako dowód do wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ustawy P.z.p. na wezwanie zamawiającego. Oferta ta została złożona przez spółkę pozostającą w grupie kapitałowej PreZero, która dla innych podmiotów niż PreZero Service Południe sp. z o.o. oferuje zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 01 07 w cenie 300 zł/Mg. Jest to cena aż 12 krotnie wyższa niż cena dla wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w kalkulacji wykonawca PreZero w ogóle nie uwzględnił, że od 1 stycznia 2025 r. zmieniają się zasady gospodarowania odpadami budowlanymi i rozbiórkowymi. W życie wchodzi bowiem przepis art. 101a ustawy o odpadach, który obowiązuje do sortowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych co najmniej na: drewno, metale, szkło, tworzywa sztuczne, gips, odpady mineralne, w tym beton, cegłę, płytki i materiały ceramiczne oraz kamienie.

Odwołujący podniósł, że wykonawca nie uwzględnił także w cenie jednostkowej za odpady budowlane i rozbiórkowe kosztów opłaty marszałkowskiej za umieszczenie odpadów na składowisku.

Odwołujący podniósł, że również cena jednostkowa PreZero za odpady selektywnie odebrane frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych jest niedoszacowana i nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji usługi. W wyjaśnieniach PreZero wskazało, że w kalkulacji ofertowej bazowało na realnej strukturze odpadów odbieranych w poszczególnych systemach zbiórki frakcji selektywnych „w oparciu o dane z gmin o porównywalnej strukturze i ilości mieszkańców”. Takie założenie jest błędne, gdyż opiera się na danych historycznych, nieuwzględniających zmiany struktury odpadów selektywnie gromadzonych od dnia 1 stycznia 2025 r. z uwagi na wprowadzenie systemu kaucyjnego. Sam zamawiający uznał, że ilości odpadów selektywnie gromadzonych istotnie spadną.

Odwołujący wskazał, że do wyjaśnień i kalkulacji nie zostały załączone dowody odnoszące się do poszczególnych istotnych elementów kosztotwórczych związanych z wykonaniem umowy, pomimo że Wykonawca został wezwany do ich złożenia. PreZero złożyło wprawdzie dowody na potwierdzenie poziomu przyjętych kosztów, jednakże są to dowody o charakterze wybiórczym. W istocie PreZero zaniechało przedłożenia jakichkolwiek dowodów mających na celu wykazanie elementów kosztotwórczych o istotnym wpływie na cenę takich jak: dysponowanie i eksploatacja pojazdów (za wyjątkiem kosztów paliwa) oraz dysponowanie trzema bazami magazynowo-transportowymi, koszty zagospodarowania odpadów. PreZero przedstawiło dowody odnoszące się wyłącznie do elementów kosztotwórczych o zdecydowanie mniejszym znaczeniu dla globalnej wyceny usługi takie jak: koszt zapewnienia pojemników czy worków na odpady, koszt naklejek na pojemniki, koszt podstawienia pojemników. W wyjaśnieniach PreZero brak jednak odniesienia do szeregu kosztów, które również powinny być ujęte w cenie jak np. koszt zabrania pojemników z terenu miasta Zabrze po zakończeniu realizacji umowy.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca w odniesieniu do frakcji selektywnie zbieranych nie wykazał, że przyjął rynkowy poziom cen ani że na odpowiednim poziomie skalkulował ryzyka związane z istotnymi zmianami na rynku gospodarowania odpadami, w szczególności związane ze spadkiem liczby odpadów surowcowych

Odwołujący podniósł, że dla kosztów zagospodarowania odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych PreZero przyjęło stawkę 215,48 zł/Mg. Na poczet wykazania kosztów zagospodarowania odpadów selektywnie gromadzonych PreZero załączyło zaledwie jedną fakturę dotyczącą zagospodarowania odpadów opakowaniowych ze szkła. Faktura ta potwierdza sprzedaż surowca w cenie 100,00 zł/Mg na rzecz innej spółki z grupy PreZero – PreZero Trading PL sp. z o.o. Już sam fakt, że w kalkulacji przyjęto koszt zagospodarowania szkła na poziomie przynoszącym zysk 100,00 zł/Mg, czyli na poziomie równym cenie sprzedaży tego odpadu świadczy o braku rzetelności Wykonawcy w sporządzeniu kalkulacji. Nie uwzględniono bowiem żadnych kosztów, które ponosi Wykonawca w związku

z przekazaniem odpadów do zagospodarowania. Tymczasem PreZero Trading PL sp. z o.o. to pośrednik w obrocie odpadami. Spółka ta nie posiada żadnych decyzji w przedmiocie przetwarzania odpadów lub zbierania odpadów.

Odwolujący wskazał, że PreZero będzie zagospodarowywać te odpady, tj. odpady papieru oraz metali i tworzyw sztucznych we własnej instalacji – Sortowni odpadów komunalnych selektywnie zebranych w Rudzie Śląskiej przy ul. Kokotek 33. W zakresie tych frakcji odpadów nie przedłożono żadnych dowodów celem wykazania faktycznie ponoszonych kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów. Nie przedstawiono żadnych wyliczeń mających na celu wykazanie kosztów funkcjonowania instalacji, ani kosztów związanych z przekazaniem odpadów do dalszego zagospodarowania – zarówno w zakresie ewentualnych zysków, które można uzyskać z odprzedaży surowców, jak i kosztów zagospodarowania odpadów nienadających się do recyklingu.

Odwolujący wskazał, że PreZero przyjęło koszt zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 01 (papier) w wysokości 177,32 zł/Mg, zaś odpadów o kodzie 15 01 02 (metale i tworzywa sztuczne) w wysokości 500,32 zł/Mg. W ocenie odwołującego świadczy to o braku rzetelności wyjaśnień złożonych przez PreZero, gdyż odpady o kodzie 15 01 02 to odpady opakowań z tworzyw sztucznych. Kod ten nie obejmuje opakowań z metali, które klasyfikowane są pod kodem 15 01 04. Co do zasady odpady odbierane z żółtych pojemników i worków powinny być klasyfikowane pod kodem 15 01 06 – zmieszane odpady opakowaniowe. W żółtych pojemnikach i workach mieszkańcy deponują bowiem odpady metali, tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe. W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że w przypadku zagospodarowywania odpadów we własnej instalacji wykonawcy konieczne jest należyte wykazanie kosztów związanych z przetwarzaniem odpadów w tej instalacji. Koszty te należy odpowiednio skalkulować i wykazać, że przyjęta w ofercie cena jednostkowa pozwala na ich pokrycie. W tej mierze nie można się opierać na głoślowych twierdzeniach odwołującego o określonym, ogólnym poziomie kosztów. Koszty funkcjonowania instalacji takiej jak sortownia odpadów obejmują szereg elementów, w szczególności są to: koszty energii elektrycznej, koszty pracownicze, amortyzacja maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii, koszt eksploatacji, utrzymania w ruchu i napraw linii, koszty magazynowania odpadów. Dodatkowo uwzględnić należy koszty transportu i dalszego zagospodarowania odpadów. W takich warunkach nie można uznać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. PreZero w żadnym stopniu nie udowodniło przyjętych w kalkulacji kosztów, gdyż nie przedstawiono żadnych dowodów ani wyliczeń mających pokazać, że cena jednostkowa przyjęta w ofercie pozwala na pokrycie kosztów zagospodarowania odpadów selektywnie gromadzonych.

Odwolujący podniósł, że wyjaśnienia PreZero odnoszą się wyłącznie do wybranych elementów cenotwórczych, co nie pozwala na zbadanie prawidłowości obliczenia ceny jednostkowej, a w konsekwencji przesądzenie o prawidłowym obliczeniu ceny całej oferty. Z wyjaśnień wynika, że wykonawca PreZero nie wykonał pełnej kalkulacji kosztów pojazdów służących do odbioru odpadów. PreZero posługuje się jednostkową stawką za godzinę pracy pojazdu, która rzekomo uwzględnia średnie koszty amortyzacji oraz najmów pojazdów, a także koszty napraw, przeglądów i części zamiennych, koszty mycia i dezynfekcji pojazdów, podatek od środków transportowych, ubezpieczenie pojazdu oraz abonament dla urządzeń monitorujących pracę pojazdu.

Odwolujący wskazał, że PreZero nie wykazało także, że będzie korzystało z samochodów zero lub niskoemisyjnych. Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych co najmniej 30% floty pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu zamówienia stanowić mają pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym. Koszty zapewnienia tego rodzaju pojazdów są zdecydowanie wyższe niż koszty pojazdów z napędem ON.

Odwolujący podkreślił, że PreZero utrzymuje, że dysponuje szczegółowymi danymi historycznymi i analizami takimi jak czas pracy niezbędny do realizacji usługi w różnych warunkach, ilość wytwarzanych odpadów, ilość zużywanych worków. Jednakże wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń o czasie pracy czy przyjętej wydajności.

Odnosząc się do kosztów pracy przyjętych przez PreZero odwołujący podniósł, że z treści kalkulacji nie wynika, by wykonawca ten skalkulował w kosztach wynagrodzeń pracowników jakąkolwiek rezerwę na pokrycie kosztów z tytułu urlopów wypoczynkowych czy tzw. „chorobowe” lub też innych absencji pracowniczych. W ocenie odwołującego te dodatkowe koszty powinny stanowić minimum 13% przyjętych w kalkulacji kosztów pracy.

Odwolujący zauważył, że PreZero, choć twierdzi, że uwzględniło ryzyko kontraktowe w zysku, ale w ocenie odwołującego nie skalkulowało ryzyka na odpowiednim poziomie. Nie skalkulowano również ryzyka zapłaty kar umownych z innych tytułów niż nieosiągnięcie poziomów recyklingu. Nie uwzględniono ryzyka związanych z nieprzewidywanymi sytuacjami, wahaniami koniunktury.

Odwolujący podniósł, że złożone przez wykonawcę PreZero wadium w postaci gwarancji bankowej z dnia 29 lipca 2024 r. wystawionej przez BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna nie pokrywa i nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, gdyż nie zapewnia możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie opisanym ustawą P.z.p. Z uwagi na wskazany w treści gwarancji wadialnej sposób zgłaszania żądania wypłaty przez beneficjenta (zamawiającego) nie można uznać, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy.

W ocenie odwołującego wadium złożone przez PreZero – z uwagi na opisany w treści gwarancji wadialnej sposób

zgłaszania żądania – zostało złożone w sposób niepozwalający na zaspokojenie zamawiającego w końcowym okresie terminu związania ofertą. Zamawiający nie ma bowiem możliwości zgłoszenia roszczenia do końca terminu związania ofertą, tj. do godz. 23:59:59 w dniu 29 listopada 2024 r., gdyż gwarancja przewiduje, że pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi udzielającemu gwarancji w terminie obowiązywania gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta. W tych warunkach, jeżeli okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaktualizują się w ostatnim dniu terminu obowiązywania gwarancji bankowej (lub nawet 1-2 dni wcześniej), brak będzie możliwości skutecznego zaspokojenia się zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy P.z.p., musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione. Gwarancja wadialna powinna umożliwiać zaspokojenie roszczeń zamawiającego związanych ze zdarzeniami wskazanymi w art. 98 ust. 6 ustawy P.z.p., zaistniałymi w terminie związania ofertą.

Odwolujący wskazał, że wobec obowiązku doręczenia żądania zapłaty Gwarantowi w terminie obowiązywania gwarancji za pośrednictwem Banku Beneficjenta mamy do czynienia z sytuacją, w której jeżeli okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaktualizują się w przedostatnim lub ostatnim dniu terminu związania ofertą, z uwagi na czas niezbędny na dokonanie wymaganych czynności przez Bank Beneficjenta oraz ograniczone godziny pracy Banków (banku Zamawiającego i banku udzielającego gwarancji) – brak będzie możliwości skutecznego zaspokojenia z gwarancji.

Zgodnie z informacją uzyskaną z ING Banku Śląskiego S.A. godzina graniczna na zgłoszenie żądania w formie testowanego komunikatu SWIFT w ramach przelewu krajowego zewnętrznego (tj. do innego banku niż Bank ING) to godzina 14:30 w dniu roboczym. Również żądanie zapłaty, które ma być doręczone za pośrednictwem kuriera lub listu poleconego na adres siedziby Gwaranta – ul. Kasprzaka 2, 01-211 Warszawa – nie umożliwia skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty do dnia 29.11.2024 r. do godz. 23:59:59 – gdyż godziny pracy Banku BNP PARIBAS w dni robocze to 9:00-18:00. W tych okolicznościach zamawiający nie ma możliwości zgłoszenia żądania zapłaty wadium do końca dnia 29.11.2024 r., tj. do 23:59:59. W tych warunkach gwarancja wadialna wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie stanowi odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty określonej tytułem wadium kwoty. Mamy do czynienia ze znaczącym ograniczeniem możliwości zaspokojenia roszczeń zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółowe stanowisko zamawiającego zawarte jest w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2024 roku

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Szczegółowe stanowisko przystępującego zawarte jest w piśmie procesowym z dnia 21 października 2024 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale VII pkt D lit. a) SWZ zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący wymaganego doświadczenia. Zgodnie z tym warunkiem:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się nie mniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanymi, o łącznej wartości minimum 40.000.000,00 zł (każda o wartości minimum 10.000.000,00 zł) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegającymi na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych.”

W dniu 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PreZero do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wraz z podaniem wartości tych usług, ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca PreZero złożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a) SWZ wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi:

1) usługę pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska” realizowaną w okresie od 1.06.2023 r. do 31.05.2024 r. na rzecz Miasta Ruda Śląska o wartości 40 394 468,04 zł brutto polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów;

2) usługę pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych w granicach administracyjnych Gminy Pyskowice w 2023 i 2024 roku” realizowaną w okresie od 1.01.2023 r. do 31.12.2024 r. na rzecz Gminy Pyskowice o wartości wykonanych w okresie od 1.01.2023 do 30.06.2024 r. usług wynoszącej 10 187 925,59 zł brutto polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów.

Wraz z wykazem wykonawca przedłożył referencje z dnia 31 lipca 2024 r. wystawione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Ruda Śląska oraz referencje z dnia 1 sierpnia 2024 r. wystawione przez zastępcę Burmistrza Miasta Pyskowice.

W dniu 2 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PreZero na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych i poprosił o:

– „jednoznaczne wyjaśnienie, jakiego okresu realizacji usługi wskazanej w poz. 2 ww. Wykazu dotyczy wskazana w Wykazie i referencji wartość?

- jednoznaczne wyjaśnienie, jaka była wartość usługi wskazanej w poz. 2 ww. Wykazu polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w odniesieniu do zakresu zamówienia odpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem VII pkt D lit a. SWZ.”

Wezwanie nastąpiło w związku z wątpliwościami zamawiającego co do okresu realizacji umowy, którego dotyczy wskazana wartość usługi realizowanej na rzecz Gminy Pyskowice. Z wykazu usług wynika, iż kwota 10 187 925,59 zł brutto dotyczy okresu realizacji umowy od 01.01.2023 do 30.06.2024 r., zaś z listu referencyjnego wynika, że wartość ta dotyczy „okresu realizacji umowy” (1.01.2023 r. do 31.12.2024 r.). Ponadto zamawiający stwierdził, iż zakres usług przewidziany w opisie warunku udziału w postępowaniu obejmuje usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, a zakres usługi realizowanej na rzecz Gminy Pyskowice, wynikający z jej nazwy to „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych”. Pojawiła się zatem wątpliwość co do wartości usługi referencyjnej w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 4 września 2024 r. wykonawca PreZero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że Gmina Pyskowice w liście referencyjnym z dnia 01.08.2024 r. wskazała wartość usług zrealizowanych i zafakturowanych określając je omyłkowo jako prace zrealizowane w okresie realizacji umowy, a nie jako prace zrealizowane do dnia 30.06.2024 r. Ponadto na dzień wystawienia referencji Gmina Pyskowice nie dysponowała raportem miesięcznym z realizacji usługi w miesiącu lipcu 2024 r., zatem nie mogłaby jednoznacznie wskazać wartości zrealizowanej usługi na dzień 01.08.2024 r., stąd wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę w wykazie usług to kwota 10 187 925,59 zł i obejmuje ona okres realizacji od dnia 01.01.2023 r. do dnia 30.06.2024 r. Dodatkowo wyjaśnił, że wartość usług zrealizowanych w lipcu 2024 r. to 704 921,67 zł, zatem łączna wartość usługi w okresie realizacji umowy na dzień wystawienia listu referencyjnego, tj. od 01.01.2023 r. do 31.07.2024 r. to kwota 10 892 847,26 zł. Na potwierdzenie wykonawca przedłożył kopie części faktur wystawionych na rzecz Gminy Pyskowice.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca PreZero wskazał, powołując się na zapisy art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, że zastosowane nazewnictwo „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów jest tożsame z „odbioru i zagospodarowaniem odpadów”. W wyjaśnieniach podał:

„Ponadto wyjaśniamy, iż usługa realizowana na rzecz Gminy Pyskowice pomimo zastosowania nazewnictwa „Odbiór, transport i zagospodarowanie [...]” swoim zakresem odpowiada odbiorowi i zagospodarowaniu odpadów. Słowo „transport” zostało wyszczególnione w nazwie zadania w rozumieniu transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów, zatem wyrażenie „odbiór, transport i zagospodarowanie” zastosowane w nazwie umowy z Gminą Pyskowice jest tożsame z wymaganym przez Zamawiającego zakresem „odbioru i zagospodarowania”.

Wynika to także z brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Skoro ustawodawca przewidział wariant polegający na udzieleniu łącznego zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów lub zamówienia tylko na odbiór odpadów komunalnych, to usługę o nazwie odbiór, transport i zagospodarowania odpadów komunalnych należy traktować jako usługę odbioru i zagospodarowania odpadów.

Zachowując daleko idącą ostrożność pragniemy również doprecyzować, iż wszystkie wskazane w przedłożonym wykazie usługi oraz wartości wykonanych/wykonywanych usług dotyczą zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.”

Zgodnie z pkt 1.2. formularza ofertowego:

Niniejszym wskazuję instalacje, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach

Zamawiający w odpowiedzi z 18 lipca 2024 r. na pytanie nr 11 do SWZ „(...) Czy w formularzu ofertowym należy wskazać nazwy Instalacji Komunalnych dla wszystkich frakcji odbieranych w ramach zamówienia, czy tylko dla zmieszanych odpadów komunalnych?” wskazał, że: „informuje, że należy wykazać nazwy Instalacji Komunalnych dla niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych”.

Przystępujący w formularzu ofertowym przedłożył listę instalacji (108 pozycji) na odpady o różnych kodach.

Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ „Sposób obliczenia ceny”, cenę oferty należy obliczyć poprzez ustalenie ceny jednostkowej netto za jedną tonę (1 Mg) odpadów poszczególnych frakcji odpadów określonych w pozycjach od 1 do 7 w załączniku C — Kalkulacja ceny. W powyższej cenie należało uwzględnić koszty realizacji wszystkich obowiązków wynikających z umowy (wykonania usługi), tj. zakup i wyposażenie nieruchomości w pojemniki, transportu i zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych, obsługi administracyjnej itp. Następnie dla poszczególnych frakcji

odpadów określonych w poz. od 1 do 7 należało obliczyć obowiązującą stawkę podatku VAT i ustalić wartość brutto ceny jednostkowej za 1 Mg. W kolejnym kroku dla pozycji od 1 do 7 należało przemnożyć ustaloną wartość netto 1 Mg przez wskazaną przez zamawiającego szacunkową ilość odpadów, jaką wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować w okresie obowiązywania umowy. Poszczególne wartości należało zsumować określając całkowitą wartość netto, a następnie obliczyć należną kwotę podatku VAT i podać wartość brutto oferty wykonywania usługi w okresie obowiązywania umowy.

Szacunkowa wartość wszystkich pozycji z kalkulacji ceny powiększona o wartość VAT i pomniejszona o 30% wynosi 89 597 938,51 zł brutto, średnia arytmetyczna cen złożonych ofert (114 715 807,80 zł brutto) pomniejszona o 30% wynosi 80 301 065,46 zł brutto.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, tj. pozycji nr 2 i 4 Kalkulacji ceny, tj. pozycja nr 2 – wynagrodzenie za odbiór odpadów 7 Mg odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych, pozycja nr 4 - wynagrodzenie za odbiór 7 Mg odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach i wskazał na elementy z art. 224 ust. 3 ustawy P.z.p., których wyjaśnienia mogą dotyczyć.

Ponadto zamawiający zaznaczył, iż przedłożone wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. przystępujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie zaoferowanej ceny.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. zamawiający wezwał PreZero do złożenia dodatkowych wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny w celu wyjaśnienia dalszych wątpliwości zamawiającego powstałych na skutek złożonej kalkulacji wraz z dowodami.

Przystępujący dokonał wyceny ceny jednostkowej za odbiór odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach BIG-BAG w wysokości 200 zł netto/Mg. Wykonawca PreZero przyjął w kalkulacji szczegółowej stawki ofertowej wynagrodzenia za odbiór 1 Mg odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach BIG-BAG przyjął, że:

- 39,74 zł/Mg – to koszty zakupu worków BIG-BAG
- 26,25 zł/Mg – to koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów
- 92,41 zł/Mg – to koszt odbioru i transportu 1 Mg odpadów
- 5,26 zł/Mg – to koszty stałe obsługi kontraktu
- 4,00 zł/Mg – to koszty ogólne związane z prowadzeniem działalności

Co łącznie daje kwotę 167,66 zł/Mg.

Osiągana marża netto wynosi 32,34 zł.

Wykonawca PreZero szacuje średni koszt zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych na poziomie odpowiednio 25,00 zł/Mg w 2025 roku oraz 27,50 zł/Mg w 2026 roku.

Koszt zagospodarowania odpadów w 2025 roku potwierdzony został e-mailową ofertą spółki PreZero Recycling Południe Sp. z o. o. z dnia sierpnia 2024 r., z kolei na 2026 rok założono podwyżkę na poziomie 10%.

W szczegółowej kalkulacji stawki ofertowej wynagrodzenia za odbiór 1 Mg odpadów selektywnie gromadzonych PreZero założyło, że:

- 95,02 zł/Mg to koszt amortyzacji pojemników do gromadzenia odpadów
- 16,01 zł/Mg to koszt rozstawienia pojemników do gromadzenia odpadów
- 24,36 zł/Mg to koszt zakupu worków do gromadzenia odpadów
- 4,22 zł/Mg to koszt zakupu naklejek na pojemniki
- 215,48 zł/Mg to koszt zagospodarowania odpadów
- 433,72 zł/Mg to koszt odbioru i transportu odpadów zbieranych w pojemnikach
- 166,45 zł/Mg to koszt odbioru i transportu odpadów zbieranych w workach
- 5,26 zł/Mg to koszty stałe obsługi kontraktu
- 21,30 zł/Mg to koszty ogólne związane z prowadzeniem działalności

Daje to łącznie koszt w wysokości 981,82 zł/Mg.

Marża: 83,18 zł/Mg.

Wykonawca PreZero założył, że uzyska dodatkowe przychody ze sprzedaży DPR, czyli dokumentów potwierdzających recykling na poziomie 151,66 zł/Mg.

Zgodnie z rozdz. XXV SWZ „Wymagania dotyczące wadium”:

Zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium na następujących wymaganiach:

1. Zamawiający żąda od Wykonawcy/ów wniesienia wadium w wysokości: 2 400 000,00 PLN zabezpieczającego ofertę na okres od 26.07.2024 r. do 22.11.2024 r.
2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:
 - 1) pieniądzu;
 - 2) gwarancjach bankowych;
 - 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. 2023 r. poz. 462).
4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego, tj.: ING Bank 25 1050 1230 1000 0023 5387 1185.
5. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
6. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, oryginał dowodu ustanowienia wadium należy złożyć w postaci elektronicznej utworzonej przez Gwaranta tj. wystawcy gwarancji/poręczenia.
Uwaga! Wykonawca ma obowiązek dołączenia do oferty plik zawierający oryginał gwarancji ustanowionej w formie elektronicznej.

W Formularzu oferty należy wskazać adres mailowy gwaranta/poręczyciela.

7. Wykaz elementów, jakie powinny zawierać gwarancje bankowe/ubezpieczeniowe:

- 1) zobowiązanie banku / towarzystwa ubezpieczeniowego do zapłaty sumy wadium w przypadku, gdy zająd ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisie art. 98 ust. 6 Pzp,
 - 2) dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji,
 - 3) wskazanie sumy gwarancyjnej,
 - 4) wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ubezpieczonego, /Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, ul. Powstańców Śl. 5-7, 41 – 800 Zabrze/,
 - 5) wskazanie Wykonawcy, czyli zleceniodawcy gwarancji /ubezpieczyciela,
 - 6) określenie okresu ważności gwarancji tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa, przy czym gwarancja o charakterze terminowym nie może zostać odwołana.
8. Wykaz elementów, jakie powinny zawierać poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2023 r. poz. 462):
- 1) zobowiązanie instytucji do zapłaty sumy wadium w przypadku gdy zająd ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisie art. 98 ust 6 Pzp,
 - 2) wskazanie podmiotu, za który instytucja dokonuje poręczenia,
 - 3) dokładna nazwa zobowiązania będącego przedmiotem poręczenia,
 - 4) kwota do wysokości, której instytucja będzie zobowiązana,
 - 5) określenie okresu ważności poręczenia tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa, przy czym poręczenie o charakterze terminowym nie może zostać odwołane (dowód: SWZ)

Pismem z dnia 22 lipca 2024 roku zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 02.08.2024 r. godz. 9:00. Zamawiający ustalił termin związania ofertą: „od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 29.11.2024 r.”. Zamawiający zmienił wymagania dotyczące wadium zawarte w rozdz. XXV ust. 1 SWZ w następującym zakresie: „Zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium na następujących wymaganiach: 1. Zamawiający żąda od Wykonawcy/ów wniesienia wadium w wysokości: 2 400 000,00 PLN zabezpieczającego ofertę na okres od 02.08.2024 r. do 29.11.2024 r.” (dowód: pismo z dnia 22 lipca 2024 roku)

Przystępujący z ofertą złożył gwarancję bankowej z dnia 29 lipca 2024 r. wystawioną przez BNP Paribas Bank Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w której treści wskazano:

Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 2 400 000,00 PLN (słownie: dwa miliony czterysta tysięcy złotych, 00/100) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwana dalej „Ustawą PZP”) tj. gdy:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy PZP, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę

jako najkorzystniejszej:

2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana, wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała.

Niniejsza gwarancja wchodzi w życie z dniem wystawienia i jest ważna do dnia 29 listopada 2024 roku.

Każda wypłata z niniejszej gwarancji zmniejsza wysokość sumy gwarancyjnej o kwotę dokonanej wypłaty.

Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie testowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących dla Beneficjenta.

W przypadku przesłania żądania w formie testowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu SWIFT bank Beneficjenta powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania wypłaty, a oryginalne żądanie wypłaty zostało przesłane na adres Banku (dowód: gwarancja z dnia 29 lipca 2024 roku)

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty:

1) naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero, z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a SWZ oraz wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez PreZero na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p.

ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu powyższego

naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług w nim wskazanych;

2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PreZero, pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i co doprowadziło do uznania, że wykonawca ten – wbrew okolicznościom faktycznym – spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt D) lit. a) SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż do warunku określonego w rozdz. VII pkt D lit. a SWZ nie można zaliczyć:

- usługi w zakresie odbioru odpadów przez Punkty Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK),
- usługi w zakresie robót rozbiórkowych i budowlanych.

Izba wskazuje, iż ze wskazanych niżej przepisów prawnych wynika, iż zbieranie odpadów w PSZOK wchodzi w zakres czynności określonych jako gospodarowanie odpadami oraz zagospodarowanie odpadów. I tak zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach, ilekroć w ustawie jest mowa o gospodarowaniu odpadami — rozumie się przez to zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami. Z kolei zawarty w rozdziale 4A ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zatytułowanym „Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych” przepis art. 9ea stanowi, że: „Podmiot prowadzący punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do: 7) przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.”

Tym samym stwierdzić należy, że usługa w zakresie odbioru odpadów przez Punkty Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) spełnia wymogi rozdz. VII pkt D lit. a SWZ.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby przystępujący, w ramach wykazywania spełniania warunku określonego w rozdziale VII pkt D lit. a SWZ nie mógł wskazać doświadczenia i wynagrodzenia uzyskanego za realizację usługi w zakresie odpadów budowlanych i rozbiórkowych w BIG-BAG, ani przyjmowania i zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych w PSZOK. W punkcie 111.4 Szczegółowego Opisu Zamówienia zamawiający określił, jakie rodzaje odpadów w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych obejmuje zamówienie. „W okresie

objętym niniejszym zamówieniem Wykonawca będzie zobowiązany do odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, w szczególności:

c): odpady z grupy 17:

1.77 07 07 — odpady betonu oraz gruz betonowy,

2.77 07 02 — gruz ceglany,

3.77 07 03 — odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,

4.7707 07 — zmieszane odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,

5.7707 80 — usunięte tynki, tapety, okleiny itp.,

6.7707 82 — inne niewymienione odpady,

7.770207 — drewno,

8.770202 — szkło,

9.770203 — tworzywa sztuczne

10.17 09 04 -zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 77 09 01,

17 09 02 i 17 09 03;"

W projektowanych postanowieniach umowy § 3 ust. 1 pkt 7 zamawiający wskazał, że w ramach odpadów komunalnych znajdują się odpady budowlane i rozbiórkowe wytworzone w nieruchomościach zamieszkałych na terenie miasta Zabrze przez mieszkańców.

7) odbiór bezpośrednio od właścicieli nieruchomości następujących rodzajów odpadów komunalnych:

a) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;

b) wyselekcjonowanych ze strumienia odpadów komunalnych, a w szczególności odpadów frakcji:

- papier,

- metale i tworzywa sztuczne oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,

- szkło,

- bioodpady,

- odpady budowlane i rozbiórkowe do wysokości określonego limitu,

- odpady wielkogabarytowe, '

Podobnie, w umowie zawartej pomiędzy Gminą Pyskowice a przystępującym, załączonej przez odwołującego jako dowód w sprawie, w § 1 ust. 4 wskazano do odbioru i zagospodarowania rodzaje odpadów komunalnych, w tym także w zakresie pozostałych odpadów: odpady budowlane i rozbiórkowe.

Z tych względów zamawiający prawidłowo uwzględnił część usług dotyczących zagospodarowania odpadów rozbiórkowych i budowlanych w zakresie usług, których świadczeniem przystępujący mógł wykazać swój potencjał techniczny i zawodowy.

Ponadto Izba zwraca uwagę na art. 1b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym do postępowania z odpadami budowlanymi i rozbiórkowymi z gospodarstw domowych stosuje się przepisy dotyczące postępowania z odpadami komunalnymi.

Powyższe, a także obowiązujące od 1 stycznia 2022 r. nowe brzmienie art. 3 w ust. 2 pkt 6, art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. b, czy art. 6r ust. 3a u.c.p.g. jednoznacznie przedstawia, iż odpady wytwarzane przez mieszkańców, podczas prowadzonych remontów lokali mieszkalnych, które są gromadzone w workach BIG-BAG i/lub dostarczane do PSZOK należy traktować jak odpady komunalne.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty:

3) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi, z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji nie umieścił instalacji, które byłyby w stanie przyjąć odpady objęte całym przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu instalacji, które z całą pewnością odpadów objętych postępowaniem nie przyjmą,

4) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia PreZero z postępowania i w konsekwencji zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na to, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć i w niniejszym postępowaniu miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego poprzez w szczególności:

- wskazanie na liście instalacji takich podmiotów, które nie przyjmą odpadów objętych przedmiotem zamówienia i z którymi PreZero nie miało zabezpieczonego odbioru odpadów w jakiegokolwiek formie, na dzień składania ofert;

- składanie konsekwentnych i niezgodnych z prawdą oświadczeń w toku postępowania, w przedmiocie kompletności przedłożonej przez wykonawcę listy instalacji i możliwości przyjęcia przez te instalacje odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a wskazanych na liście instalacji PreZero w ofercie;

5) naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że po terminie składania ofert doszło do

zmiany treści oferty PreZero w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane do zagospodarowania odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01

6) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji wskazał instalacje, które nie pozwalają na etapie realizacji zamówienia na zgodne z przepisami ustawy o odpadach zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych

Izba wskazuje, że zapisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zobowiązują do wskazania w dokumentach zamówienia wyłącznie instalacji komunalnych, które dotyczą zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 0 tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

W myśl art. 6d ust. 4 pkt 1 „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności wymogi dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych”, a także pkt 5, „instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”. Podobnie w dalszych zapisach wspomnianej ustawy zapisano: „Art. 6f. 7a. Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności:

7) wymogi dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych;

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;”

Zgodnie zaś z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach „Instalacją komunalną jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów (...)”, a więc odpadów o kodzie 20 03 01 tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

Ponadto zamawiający w odpowiedzi z 18 lipca 2024 r. na pytanie nr 11 do SWZ „(...) Czy w formularzu ofertowym należy wskazać nazwy Instalacji Komunalnych dla wszystkich frakcji odbieranych w ramach zamówienia, czy tylko dla zmieszanych odpadów komunalnych?” wskazał, że: „informuje, że należy wykazać nazwy Instalacji Komunalnych dla niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.”

Tym samym Izba stwierdziła, że przystępujący nie był obowiązany do składania listy instalacji dla odpadów o kodach innych niż 20 03 01, zaś fakt złożenia takiej listy pozostaje bez wpływu na czynności oceny i badania ofert w postępowaniu. Również zarzuty kierowane wobec treści złożonej listy, a dotyczące odpadów innych niż 20 03 01, nie mogą być uznane za uzasadnione, jako że dotyczą dokumentu, który nie był obowiązkowy w przedmiotowym postępowaniu. Izba pominęła zatem argumentację odwołania oraz wnioski dowodowe odnoszące się do instalacji dla kodów innych niż kod 20 03 01.

Jeśli chodzi o instalacje przewidziane dla odpadów o kodzie 20 03 01 Izba wskazuje, że z dokumentów postępowania nie wynikał obowiązek posiadania umowy na dzień składania ofert. Zamawiający nie wymagał również przedłożenia żadnych promes ani też innych oświadczeń potwierdzających zawarcie takich umów w przyszłości.

Tym samym Izba pominęła wnioski dowodowe odwołującego mające na celu wykazanie, że wskazane przez odwołującego instalacje nie przyjmują od przystępującego odpadów o kodzie 20 03 01.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut:

7) naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PreZero i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero z uwagi na fakt, że złożone przez PreZero wyjaśnienia w zakresie istotnych składowych ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero z uwagi na fakt, że oferta Prezero zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że cena całkowita oferty złożonej przez przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30 % od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10,

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, co uzasadniałoby jej wyjaśnienie na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. w zakresie dwóch części składowych zaoferowanej ceny, tj.

ceny za odpady budowlane i rozbiórkowe oraz ceny za odpady selektywnie odebrane frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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. Jednocześnie, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p., 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.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że nie jest dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty (tak np. w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2155/17).

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że odwołujący w treści odwołania nie wykazał, że ewentualne zaniżenie dwóch cen jednostkowych powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. W szczególności odwołujący nie wykazał, o jaką kwotę – w jego ocenie – została zaniżona cena całkowita oferty przystępującego.

Ponadto odwołujący nie wykazał istotności części składowych, wobec których przystępujący składał wyjaśnienia. Izba wskazuje, że cena całkowita oferty przystępującego wynosi 108 161 425,06 zł. Wartość netto oferty wynosi 100 149 467,65 zł, wartość netto odbioru 1 Mg odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych wynosi 13 826 176,76 zł, natomiast wartość netto odbioru 1 Mg odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach BIG-BAG wynosi 3 866 819,74 zł. Z powyższego wynika, że wartości zakwestionowanych pozycji wynoszą – odpowiednio – 13,8% oraz 3,86% wartości netto oferty, nie są to zatem wartości znaczące. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do istotności tych części składowych wobec ceny całkowitej oferty. W tym miejscu Izba wskazuje na wyrok z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1176/19, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że dopiero wykazanie, że cała cena (lub koszt) albo przynajmniej ich istotna część składowa została rażąco zaniżona, uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że w rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wykazał, by cena zaoferowana przez przystępującego była ceną rażąco niską, zatem podniesiony w tym zakresie zarzut oraz związane z nim żądanie odrzucenia oferty należy uznać za nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, by przystępujący zaniżył wartości cen jednostkowych, o wyjaśnienie których został wezwany przez zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał, by zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał określonego sposobu kalkulacji tak ceny oferty, jak i cen jednostkowych. Wykonawcy byli zatem uprawnieni do dokonania takiej kalkulacji zgodnie z przyjętym przez nich modelem biznesowym, przyjętą metodologią kalkulacji oraz własnym doświadczeniem. Tym samym podnoszony przez odwołującego brak szczegółowego wykazania określonych kosztów w wyjaśnieniach przystępującego nie musi wynikać z wadliwości tych wyjaśnień, ale z odmiennego niż oczekiwał odwołujący sposobu kalkulacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że odwołujący tego rodzaju ogólnych zastrzeżeń wobec zakwestionowanych cen jednostkowych oraz wyjaśnień przystępującego w żaden sposób nie uszczegółowił, w tym w szczególności nie wskazał, w jaki sposób stwierdzone przez niego nieprawidłowości wpłynęły na zaniżenie cen jednostkowych wskazanych w ofercie przystępującego. W tej sytuacji Izba uznała, że tego rodzaju ogólne stwierdzenia nie mogą świadczyć o skuteczności zarzutu.

Uzasadniając zarzut dotyczące zaniżenia ceny jednostkowej za odpady budowlane i rozbiórkowe odwołujący zakwestionował koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów w wysokości 26,25 zł.

W ocenie Izby zarzut należy uznać za bezpodstawny. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że na ten koszt w ofercie przystępującego składają się następujące elementy:

- 39,74 zł/Mg – koszt zakupu worków BIG-BAG
- 26,25 zł/Mg – koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów
- 92,41 zł/Mg – koszt odbioru i transportu 1 Mg odpadów
- 5,26 zł/Mg – to koszty stałe obsługi kontraktu
- 4,00 zł/Mg – to koszty ogólne związane z prowadzeniem działalności

Łącznie: 167,66 zł/Mg.

Marża netto wynosi 32,34 zł.

Odwołujący nie zakwestionował innych pozycji poza kosztem zagospodarowania 1 Mg odpadów. Odwołujący zakwestionował zatem wyłącznie jedną część składową danej ceny jednostkowej. Już sama ta okoliczność nie pozwala na uznanie, że cenę oferty przystępującego można uznać za ceną rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że przystępujący jako dowód na potwierdzenie powyższego złożył e-mailową ofertą spółki PreZero Recycling Południe Sp. z o. o. z dnia sierpnia 2024 r. Na 2026 rok założono podwyżkę na poziomie 10%. W

ocenie odwołującego, gdyby cena za zagospodarowanie w kwocie 25,00 zł była realna i faktycznie stosowana pomiędzy spółkami z grupy PreZero, to przystępujący powinien przedstawić fakturę za zagospodarowanie odpadów – tak jak to uczynił w przypadku odpadów o kodzie 15 01 07, a nie jedynie ofertę w postaci zanonimizowanego e-maila.

W ocenie Izby powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że wykonawca, zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., wraz z wyjaśnieniami w zakresie zaoferowanej ceny, obowiązany jest złożyć dowody na poparcie wyjaśnień. Ustawa P.z.p. nie wskazuje nawet przykładowego katalogu takich dowodów, zarówno w zakresie ich rodzaju, jak i formy. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych. Dowodem takim może być zatem również oferta złożona w postaci e-mail, również datowanego na dzień po upływie terminu składania ofert. Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania treści e-mail, zwłaszcza w sytuacji, w której zamawiający i przystępujący wykazali, że ceny na podobnym poziomie występują na obszarze, którego dotyczy zakres zamówienia. W tym zakresie Izba przeprowadziła dowody z załączonych do odpowiedzi na odwołanie wydruków ze stron internetowych podmiotów: Master Odpady i Energia Sp. z o.o., Ecoexpress24.pl, Czerwony hasiók, MPGK Katowice, Gruz — Pol, FCC Polska Sp. z o.o. oraz z załączonych do pisma procesowego przystępującego: wiadomości e-mail Master – Odpady i Energia Sp. z o.o. z dnia 22 sierpnia 2024 r. oferty ADS Kruszywa Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 18 października 2024 r., oferty Zodiak Sp. z o.o. z dnia 8 sierpnia 2024 roku.

Odnosząc się do zarzutu, iż wykonawca PreZero nie odniósł się do kodów innych niż 17 01 01 i 17 01 07, Izba wskazuje, że przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących odpadów zbieranych w BIG-BAGACH. Tym samym przystępujący nie był obowiązany składać wyjaśnień w zakresie odpadów o innych kodach.

Odwołujący w treści odwołania podniósł ponadto, iż przystępujący nie uwzględnił w wyjaśnieniach ceny jednostkowej innych kosztów, tj. kosztów sortowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych, opłaty marszałkowskiej za umieszczenie odpadów na składowisku oraz kosztów korzystania z samochodów zero lub niskoemisyjnych. Argumentacja ta nie została jednak przez odwołującego w żaden sposób rozszerzona. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia powyższych faktów, niemniej jednak nie wskazał, w jaki sposób pominięcie tych elementów wpłynęło na zaniżenie ceny jednostkowej przystępującego. Tym samym Izba uznała stanowisko odwołującego za nieuzasadnione.

Odnosząc się do ceny jednostkowej za odpady selektywnie odebrane frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych odwołujący podniósł, że wykonawca PreZero w wyjaśnieniach wskazał, że w kalkulacji ofertowej bazował na realnej strukturze odpadów odbieranych w poszczególnych systemach zbiórki frakcji selektywnych „w oparciu o dane z gmin o porównywalnej strukturze i ilości mieszkańców”. W ocenie odwołującego takie założenie jest błędne, gdyż opiera się na danych historycznych, nieuwzględniających zmiany struktury odpadów selektywnie gromadzonych od dnia 1 stycznia 2025 r. z uwagi na wprowadzenie systemu kaucyjnego.

Odwołujący nie wskazał jednak, w jaki sposób nieuwzględnienie wprowadzenia systemu kaucyjnego wpłynęło na rażące zaniżenie ceny jednostkowej oferty przystępującego. Ponadto, w ocenie Izby, z faktu, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że w kalkulacji ofertowej bazował na realnej strukturze odpadów odbieranych w poszczególnych systemach zbiórki frakcji selektywnych „w oparciu o dane z gmin o porównywalnej strukturze i ilości mieszkańców” nie należy wnioskować, że nie uwzględnił zmiany struktury odpadów selektywnie gromadzonych od dnia 1 stycznia 2025 roku, z uwagi na wprowadzenie systemu kaucyjnego. Wskazać należy, że w postępowaniu, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów, wykonawcy, kalkulując ofertę, mogą opierać się na różnorodnej metodologii oraz przyjętym przez siebie modelu biznesowym. Oparcie zarzutu na jednym zdaniu z wyjaśnień przystępującego, które – w ocenie Izby – miało charakter wprowadzający do bardziej szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie, nie świadczy o jego zasadności.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zaoferowany przez przystępującego koszt zagospodarowania odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych wynosi 215,48 zł/Mg, czego – w ocenie odwołującego – przystępujący nie udowodnił.

Izba wskazuje, że koszt, na który wskazał odwołujący, jest tylko jednym z kosztów występujących przy wskazanej wyżej frakcji. Sam odwołujący w treści odwołania wskazał, że na koszt odbioru i zagospodarowania odpadów składa się szereg elementów, w tym:

- 95,02 zł/Mg to koszt amortyzacji pojemników do gromadzenia odpadów
- 16,01 zł/Mg to koszt rozstawienia pojemników do gromadzenia odpadów
- 24,36 zł/Mg to koszt zakupu worków do gromadzenia odpadów
- 4,22 zł/Mg to koszt zakupu naklejek na pojemniki
- 215,48 zł/Mg to koszt zagospodarowania odpadów
- 433,72 zł/Mg to koszt odbioru i transportu odpadów zbieranych w pojemnikach
- 166,45 zł/Mg to koszt odbioru i transportu odpadów zbieranych w workach
- 5,26 zł/Mg to koszty stałe obsługi kontraktu

- 21,30zł/Mg to koszty ogólne związane z prowadzeniem działalności

Łącznie koszt w wysokości 981,82 zł/Mg.

Marża 83,18 zł/Mg.

Co więcej, odwołujący w treści odwołania nie podniósł, że koszt ten jest zaniżony, ale że nie został udowodniony. Odwołujący nie zakwestionował pozostałych elementów składających się na przedmiotową cenę jednostkową. Nie wykazał również, jaka – w jego ocenie – stawka za wykonanie usługi zagospodarowania odpadów, jest stawką właściwą i nienoszącą cech rażąco zaniżonej.

Ponadto odwołujący w treści odwołania podniósł następujące zarzuty wobec wyjaśnień przystępującego w zakresie kosztu zagospodarowania odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych: brak pełnej kalkulacji kosztów pojazdów służących do odbioru odpadów, brak wykazania korzystania z samochodów nisko i zeroemisyjnych, brak dowodów na przyjęty czas pracy i wydajność, brak rezerwy na pokrycie kosztów z tytułu absencji pracowniczych, nieskalkulowanie ryzyk na odpowiednim poziomie.

Izba wskazuje, że powyższe zarzuty wobec wyjaśnień przystępującego zostały podniesione w sposób lakoniczny, hasłowy i nie zostały poparte żadną głębszą analizą. W szczególności odwołujący nie wykazał, w jaki sposób pominięcie czy też niewłaściwe wykazanie wyżej wymienionych elementów miało wpływ na zaniżenie ceny jednostkowej przystępującego.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał rażącego zaniżenia ceny jednostkowej przystępującego za odpady selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut:

8) naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 15 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero, z uwagi na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233, dalej: u.z.n.k.) z uwagi na:

- czyn nieuczciwej konkurencji polegający na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. w celu uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom (i) nieprawdziwych informacji w zakresie instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania jako że PreZero wskazało w ofercie instalacje, w których nie ma on możliwości zagospodarowania odpadów na etapie realizacji zamówienia oraz (ii) nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, gdyż usługa realizowana na rzecz gminy Pyskowie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego nie ma wartości przekraczającej kwotę 10.000.000,00 zł

- czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez sprzedaż usług poniżej cen rynkowych i poniżej kosztów ich świadczenia, w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych.

Izba wskazuje, że powyższy zarzut został oparty na tych samych okolicznościach faktycznych, co zarzuty dotyczące wskazania przez przystępującego instalacji, w których nie ma on możliwości zagospodarowania odpadów, podania nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz zaoferowania w postępowaniu rażąco niskiej ceny. W związku z tym, że zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, również i zarzut wskazany w pkt. 8 należy uznać za nieuzasadniony i podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut:

9) naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w sposób niepozwalający na zaspokojenie zamawiającego z wadium w końcowym okresie terminu związania ofertą.

Izba wskazuje, że przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, do czego uprawniał go zarówno art. 97 ust. 7 pkt 2 ustawy P.z.p., jak i treść rozdz. XXV ust. 3 pkt 2 SWZ.

Gwarancja bankowa jest formą zabezpieczenia uregulowaną w art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2023 roku, poz. 2488 ze zm.), który w ust. 1 stanowi, iż gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z ust. 2 udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Ustawa Prawo bankowe nie ustanawia dla gwarancji bankowej innych wymogów niż wskazane w art. 81. Dodatkowe żądania co do treści gwarancji zostały zawarte w rozdz. XXV SWZ „Wymagania dotyczące wadium”, który w ust. 7 stanowi:

Wykaz elementów, jakie powinny zawierać gwarancje bankowe/ ubezpieczeniowe:

- 1) *zobowiązanie banku / towarzystwa ubezpieczeniowego do zapłaty sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisach art. 98 ust. 6 Pzp,*

- 2) *dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji,*

3) wskazanie sumy gwarancyjnej,

4) wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ ubezpieczonego, /Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, ul. Powstańców Śl. 5-7, 41 – 800 Zabrze/,

5) wskazanie wykonawcy, czyli zleceniodawcy gwarancji / ubezpieczyciela,

6) określenie okresu ważności gwarancji tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa, przy czym gwarancja o charakterze terminowym nie może zostać odwołana.

Jednocześnie, zgodnie z rozdz. XXV ust. 1 SWZ zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium wysokości 2 400 000,00 PLN zabezpieczającego ofertę na okres od 02.08.2024 r. do 29.11.2024 r.”

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy P.z.p. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Przystępujący złożył bankową gwarancję wadialną ważną od dnia jej wystawienia (tj. 29 lipca 2024 roku) do dnia 29 listopada 2024 roku. Wskazany w gwarancji okres jej ważności obejmuje termin składania ofert, zatem czyni zadość zarówno wymaganiu wskazanemu w art. 97 ust. 5 ustawy P.z.p., jak i w rozdz. XXV ust. 1 SWZ.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego, jakoby gwarancja powinna zawierać postanowienia przewidujące możliwość zgłoszenia roszczeń w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą, nie znajduje oparcia ani w treści SWZ, ani w żadnym z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych. O ile odwołujący utrzymuje, iż tego rodzaju postanowienia powinny znaleźć się w treści gwarancji, winien był swoje zastrzeżenia zgłosić w stosownym terminie bądź jako pytanie do treści SWZ, bądź też poprzez wniesienie odwołania na treść SWZ. W sytuacji, w której tego rodzaju wymóg nie został przez zamawiającego sformułowany, brak jest podstaw do uznania, że gwarancja wadialna złożona przez przystępującego powoduje, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut:

10) naruszenia art. 239 ust. 1 i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 art. 17 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę efektywności oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Jak wskazał sam odwołujący w treści odwołania, powyższy zarzut jest konsekwencją zarzutów nr 1-9. W sytuacji, w której zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, również i zarzut wskazany w pkt. 10 należy uznać za nieuzasadniony i podlegający oddaleniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....