

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Beata Konik
Aleksandra Kot

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: EL-KAJO sp. z o.o., Mo – BRUK S.A., ul. J.K. Chodkiewicza 61, 85 – 667 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów sp. z o.o., ul. Logistyczna 22, 70 – 608 Szczecin**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **PreZero Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: EL-KAJO sp. z o.o., Mo – BRUK S.A., ul. J.K. Chodkiewicza 61, 85 – 667 Bydgoszcz**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum: EL-KAJO sp. z o.o., Mo – BRUK S.A., ul. J.K. Chodkiewicza 61, 85 – 667 Bydgoszcz**, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2831/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - sektorowego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Sukcesywny odbiór, transport i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 01 15* wytwarzanego w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2024 r. pod numerem 238679-2024.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum: EL-KAJO sp. z o.o., Mo – BRUK S.A., wnieśli odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. oraz przez Odwołującego, czynności wyboru oferty wykonawcy PreZero Jantra sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że to oferta Odwołującego była najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PreZero Jantra sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej tj. oferty EL – KAJO sp. z o.o.
3. zaliczenie na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty uiszczonej przez Odwołującego – tytułem wpisu od odwołania;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów obejmujących kwotę uiszczonego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocników i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

-art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż oferta ta jest

niezgodna warunkami zamówienia – tj. z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ – zgodnie z którym „Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach – w szczególności w ustawie o odpadach.....” – albowiem narusza:

- a) art. 17 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;
- b) art. 18 ustawy o odpadach – tzw. Przesłanki stosowania hierarchii postępowania z odpadami;
- c) art. 20 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę bliskości;
- d) art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej dostępnej techniki;
- e) art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej technologii;
- f) art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;

g) § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami

-art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż oferta ta ma rażąco niską cenę - albowiem jeżeli zostałaby skalkulowana zgodnie z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ oraz uwzględniła art. 17 ustawy o odpadach – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami; art. 18 ustawy o odpadach – tzw. przesłanki stosowania hierarchii postępowania z odpadami; art. 20 ustawy o odpadach – tzw. zasadę bliskości; art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. zasadę najlepszej dostępnej techniki; art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. zasadę najlepszej technologii; art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. zasadę hierarchii postępowania z odpadami; § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami – jej cena winna być znacznie wyższa niż zaoferowana kwota 5.452.920,00 zł, w sytuacji gdyby PreZero Jantra sp. z o.o. skalkulował ofertę uwzględniającą recykling odpadów, a nie najniżej przedstawiony sposób zagospodarowania odpadów w hierarchii postępowania z nimi – tj. ich unieszkodliwianie;

-art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem wskazanie metody zagospodarowania odpadów na poziomie najmniej preferowanego działania – tj. unieszkodliwiania odpadów – w sytuacji, gdy Odwołujący wskazuje metodę znacznie wyżej preferowaną – tj. recykling – narusza ustawowy obowiązek stosowania hierarchii postępowania z odpadami i przy wyborze tej oferty przez Zamawiającego – narusza istotnie interes Odwołującego, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

-art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, przez jego błędną wykładnię polegającą na bezzasadnym przyjęciu, że zasada bliskości wyrażona tym przepisem sprowadza się do tego, że odpady muszą być przetwarzane w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania, podczas gdy zasada bliskości nakazuje uwzględnienie również hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, a nie wyłącznie odległości instalacji od miejsca powstania odpadów;

-art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez bezzasadne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ obowiązującej w postępowaniu, bowiem odległość wskazanej w ofercie

Odwołującego instalacji od miejsca wytwarzania odpadów „jest zbyt duża”, podczas gdy przy prawidłowej wykładni zasady bliskości (tj. biorąc pod uwagę także hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technik) oferta Odwołującego jest z nią zgodna, a zatem odpowiada treści SWZ w postępowaniu;

-§ 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż zgodnie z ww. przepisem – odpady powstałe w wyniku procesu poddaje się odzyskowi, czyli metodzie wskazanej przez Odwołującego, a w przypadku braku takiej możliwości – unieszkodliwia się, czyli postępuje się w ostateczności w sposób wskazany przez podmiot, którego oferta została wybrana;

-art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – w sprawie odpadów, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż naruszona została zasada hierarchii postępowania z odpadami – tj. wybrana została oferta /unieszkodliwianie/, która w hierarchii plasuje się najniżej, a oferta Odwołującego /recykling/ znajduje się znacznie wyżej;

-art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PreZero Jantra sp. z o.o., podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego – EL – KAJO sp. z o.o.

-art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty PreZero Jantra sp. z o.o. pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu .

-art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – albowiem Zamawiający dokonał

wyboru oferty PreZero Jantra sp. z o.o. wbrew ustawowej hierarchii postępowania z odpadami mimo, iż Odwołujący oferował znacznie wyższy w hierarchii sposób zagospodarowania odpadów – tj. recykling;

-art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez PreZero Jantra sp. z o.o. , zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty PreZero Jantra sp. z o.o. uznanej za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. z dokumentacji z postępowania w całości – w szczególności :

- formularza ofertowego złożonego przez odwołującego;
- formularza ofertowego złożonego przez spółkę PreZero Jantra sp. z o.o.;
- SWZ wraz z załącznikami nr 6 – Opis przedmiotu zamówienia;
- Informacji z dnia 30.07.2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej ;o pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2024 r. wzywające PreZero Jantra sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych;
- pisma PreZero Jantra sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielającego odpowiedzi Zamawiającemu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, w szczególności zakresu zamówienia i jego części składowych, wymogu Zamawiającego podania przez oferentów w formularzu ofertowym metody zagospodarowania odpadami, wskazania przez Odwołującego -recyklingu - jako metody zagospodarowania odpadów, wskazania przez PreZero Jantra sp. z o.o. unieszkodliwiania jako metody zagospodarowania odpadów;

2. Dokumentu – Kontrola i Audyt NIK nr DOI: 10.53122/ISSN.0452-5027/2021.1.17 „Przetwarzanie w instalacjach Mechaniczno – Biologicznego Przetwarzania Odpadów, Postępowanie z odpadami komunalnymi” - na okoliczność wykazania, iż w wyniku kontroli przeprowadzonej przez NIK do września 2020 r. – NIK oceniła, działania organów administracji publicznej oraz prowadzących instalacje MBP i zarządzających składowiskami odpadów jako niewystarczające i nieskuteczne. Nieprawidłowym działaniem było to, że odpady powstające w instalacjach MBP w większości były poddawane procesom przetwarzania innym niż recykling i przygotowywanie do ponownego użycia – co było niezgodne z hierarchią postępowania z nimi – a przede wszystkim zagrażało osiągnięciu celów – czyli przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, które jest niezgodne i sprzeczne z hierarchią postępowania z odpadami;

3. Wniosku do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Szczecinie z dnia 2.08.2024 r. - na okoliczność starań Odwołującego o zapewnienie działań zgodnych z prawem – w szczególności z ustawą o odpadach przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt I.14 Załącznika nr 6 do SWZ (OPZ) Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach oraz aktach wykonawczych.

W dniu 3 czerwca 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert. Do chwili upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty:

1. EL – KAJO sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Mo – BRUK S.A. z siedzibą w Korzennej – cena brutto : 9.214.560,00 zł;
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ABBA – EKOMED sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – cena brutto : 17.605.920,00 zł;
3. PreZero Jantra sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – cena brutto : 5.452.920,00 zł;
4. Konsorcjum : Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Synergia Południe sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach – cena brutto : 11.275.200,00 zł.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. oferty złożonej przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. Zamawiający kierował się podczas wyboru oferty jedynie kryterium ceny. Zamawiający nie kierował się żadnymi z zasad obowiązującymi w ustawie o odpadach oraz w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu. Przede wszystkim, Zamawiający nie kierował się obligatoryjną zasadą hierarchii w postępowaniu z odpadami – zgodnie z którą należy stosować metody najwyższej położone w hierarchii, tj. metody położone wyżej eliminują metody położone niżej.

W niniejszej sprawie mimo, iż Odwołujący wskazał metodę /recykling/ plasowaną znacznie wyżej niż metoda zaoferowana przez spółkę PreZero Jantra sp. z o.o., która przedstawiła najgorszą z metod zagospodarowania odpadów - Zamawiający wybrał ofertę PreZero Jantra sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu. Gdyby jego oferta została rozpoznana merytorycznie z uwzględnieniem ustawy o odpadach, musiałaby zostać oceniona jako najkorzystniejsza w wyznaczonych przez Zamawiającego kryteriach spośród wszystkich złożonych i nieodrzuconych ofert. Niezgodne z prawem wybranie oferty PreZero Jantra sp. z o.o. uniemożliwiło wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwolujący składając niniejsze odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - wykonawcy PreZero Jantra sp. z o.o. ubiegającego się o udzielenie zamówienia i wyboru oferty EL – KAJO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że złożył ofertę wielokrotnie bardziej korzystniejszą, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w połączeniu z przepisami bezwzględnie obowiązującego prawa, w szczególności ustawy o odpadach - oferując znacznie bardziej korzystny sposób zagospodarowania odpadów niż spółka PreZero Jantra sp. z o.o. W sytuacji, gdy Odwołujący jako metodę zagospodarowania odpadów wskazał recykling – a PreZero Jantra sp. z o.o. zaoferował najgorszy sposób ich zagospodarowania, tj. unieszkodliwienie – oferta PreZero Jantra sp. z o.o. – już co do zasady nie mogła zostać oceniona korzystniej niż oferta Odwołującego, nie mogła z nią faktycznie konkurować. Oferta PreZero Jantra sp. z o.o. mogłaby konkurować z ofertą Odwołującego, gdyby oba podmioty wskazały ten sam sposób zagospodarowania odpadami – tj. np. oba podmioty wskazałyby recykling lub unieszkodliwienie. Jeżeli tak się nie stało – to mając na uwadze zasadę hierarchii w postępowaniu z odpadami – metoda ich zagospodarowania wyżej preferowana wypiera metodę gorszą. W sytuacji zatem, kiedy Odwołujący złożył ofertę wyższą w hierarchii postępowania z odpadami /art. 17 i 18 ustawy o odpadach, wyłączone jest kryterium wyboru oferty tańszej – w sytuacji, w której inny oferent złożył ofertę o niższej cenie, ale dotyczącej sposobu zagospodarowania odpadami w hierarchii umieszczonej niższej niż oferta droższa.

Jest to zasada zgodnie z którą, oferta z bardziej pożądanym stopniem zagospodarowania odpadami wypiera ofertę ze sposobem zagospodarowania odpadami niżej umiejscowionym w hierarchii – niezależnie od ceny zagospodarowania. Argument ceny może być rozstrzygający jedynie gdy badamy oferty o tym samym /równorzędnym/ sposobie zagospodarowania odpadów np. dwie oferty na recykling lub dwie oferty unieszkodliwienie.

W rozpoznawanym przypadku metoda recyklingu – znacznie wypiera najgorszą metodę zagospodarowania odpadów tj. unieszkodliwienie.

Oferta złożona przez Odwołującego winna zostać zatem wybrana albowiem jest znacznie bardziej korzystna – niż oferta PreZero Jantra sp. z o.o. – co wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa – i tak z art. 17 ustawy o odpadach – który wprowadza tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami – zgodnie z którą wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami:

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

art. 18. [Przesłanki stosowania hierarchii sposobów postępowania z odpadami] – zgodnie z którym:

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

§ 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami - zgodnie z którym:

ust. 1 Odpady powstałe w wyniku procesu poddaje się odzyskowi, a w przypadku braku takiej możliwości - unieszkodliwia się ze szczególnym uwzględnieniem frakcji metali ciężkich

art. 20 ustawy o odpadach – tzw. Zasada bliskości – zgodnie z którym:

1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.
2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej dostępnej techniki - najlepsze dostępne techniki powinny spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się jednocześnie:

- 1) rachunek kosztów i korzyści;
 - 2) czas niezbędny do wdrożenia najlepszych dostępnych technik dla danego rodzaju instalacji;
 - 3) zapobieganie zagrożeniom dla środowiska powodowanym przez emisje lub ich ograniczanie do minimum;
 - 4) podjęcie środków zapobiegających poważnym awariom przemysłowym lub zmniejszających do minimum powodowane przez nie zagrożenia dla środowiska;
 - 5) termin oddania instalacji do eksploatacji;
 - 6) dokumenty referencyjne BAT oraz konkluzje BAT, o ile zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.
- 1a. Przy określaniu najlepszych dostępnych technik bierze się pod uwagę wymagania, o których mowa w art. 143, także w przypadku gdy instalacja nie jest nowo uruchamiana lub zmieniana w sposób istotny.

art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej technologii - Technologia stosowana w nowo uruchamianych lub zmienianych w sposób istotny instalacjach i urządzeniach powinna spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się w szczególności:

- 1) stosowanie substancji o małym potencjale zagrożeń;
- 2) efektywne wytwarzanie oraz wykorzystanie energii;
- 3) zapewnienie racjonalnego zużycia wody i innych surowców oraz materiałów i paliw;
- 4) stosowanie technologii bezodpadowych i małoodpadowych oraz możliwość odzysku powstających odpadów;
- 5) rodzaj, zasięg oraz wielkość emisji;
- 6) wykorzystywanie porównywalnych procesów i metod, które zostały skutecznie zastosowane w skali przemysłowej;
- 7) (uchylony);
- 8) postęp naukowo-techniczny.

art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;

Następująca hierarchia postępowania z odpadami ma zastosowanie jako kolejność priorytetów w przepisach prawa i polityce dotyczących zapobiegania powstawaniu odpadów oraz gospodarowania odpadami:

- a) zapobieganie;
- b) przygotowywanie do ponownego użycia;
- c) recykling;
- d) inne metody odzysku, np. odzysk energii; oraz
- e) unieszkodliwianie.

2. Stosując hierarchię postępowania z odpadami, o której mowa w ust. 1, państwa członkowskie podejmują środki sprzyjające rozwiązaniom, które dają najlepszy dla środowiska wynik całkowity. Może to oznaczać dla niektórych strumieni odpadów odstępianie od tej hierarchii, jeżeli jest to uzasadnione zastosowaniem metodologii myślenia o cyklu życia, obejmującej całkowity wpływ związany z wytwarzaniem i gospodarowaniem takimi odpadami.

Państwa członkowskie zapewniają, aby proces tworzenia polityki i przepisów prawa dotyczących odpadów był w pełni przejrzysty, zgodny z obowiązującymi krajowymi przepisami w zakresie konsultacji i zaangażowania obywateli i zainteresowanych stron.

Państwa członkowskie biorą pod uwagę ogólne zasady ochrony środowiska dotyczące ostrożności i zrównoważonego podejścia, wykonalności technicznej i opłacalności ekonomicznej, ochrony zasobów, a także całkowitego oddziaływania na środowisko, zdrowie ludzkie, gospodarkę i aspekty społeczne, zgodnie z art. 1 i 13.

3. Państwa członkowskie wykorzystują instrumenty ekonomiczne i inne środki mające na celu stworzenie zachęt do stosowania hierarchii postępowania z odpadami, takie jak te wskazane w załączniku IVa lub inne odpowiednie instrumenty i środki. Zgodnie z powyższymi przepisami oferta spółki PreZero sp. z o.o. jako znacznie niekorzystana w porównaniu do oferty Odwołującego oraz sprzeczna z ww. normami prawnymi – przy uwzględnieniu oferty Odwołującego – winna zostać odrzucona.

W rozpoznawanym stanie faktycznym i prawnym oferta Odwołującego winna zostać wybrana.

Przechodząc do analizy norm prawnych, z których wynika w sposób jednoznaczny prymat metody oferowanej

przez Odwołującego, tj. recyklingu nad ostatnim w hierarchii postępowania z odpadami, tj. unieszkodliwianie – wskazać należy, iż art. 4 ust. 1 dyrektywy 2008/98/WE, przewiduje hierarchię postępowania z odpadami, która zgodnie z tym przepisem „ma zastosowanie jako kolejność priorytetów w przepisach prawa i polityce dotyczących zapobiegania powstawaniu odpadów i gospodarowaniu odpadami”. W tym więc zakresie jest to zasada ogólna gospodarki odpadami, nakazująca konkretny tryb postępowania z rzeczami znajdującymi się w fazie pierwotnej użyteczności oraz gdy staną się już odpadami. Dodatkowo w ust. 2 art. 4 dyrektywy 2008/98/WE wskazane zostało, że „stosując hierarchię postępowania z odpadami, o której mowa w ust. 1, państwa członkowskie podejmują środki sprzyjające rozwiązaniom, które dają najlepszy dla środowiska wynik całkowity.

Zasada postępowania z odpadami zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami służy urzeczywistnianiu koncepcji „społeczeństwa recyklingu”, stąd też ten rodzaj odzysku jest szczególnie eksponowany. Zgodnie z punktem 28 dyrektywy 2008/98/WE, akt ten ma na celu „pomóc UE zbliżyć się do 'społeczeństwa recyklingu', dążącego do eliminacji wytwarzania odpadów i do wykorzystywania odpadów jako zasobu. Polski ustawodawca implementował ww. Dyrektywę – wprowadzając jej rozwiązania do ustawy o odpadach – w szczególności do art. 17 i 18 ustawy.

Mając powyższe na względzie, hierarchię sposobów postępowania z odpadami należy podzielić następująco:

- 1) zapobieganie powstawaniu odpadów (w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 33, w myśl którego przez pojęcie „zapobieganie powstawaniu odpadów” rozumie się „środki zastosowane w odniesieniu do produktu, materiału lub substancji, zanim staną się one odpadami, zmniejszające: a) ilość odpadów, w tym również przez ponowne użycie lub wydłużenie okresu dalszego używania produktu, b) negatywne oddziaływanie wytworzonych odpadów na środowisko i zdrowie ludzi, c) zawartość substancji szkodliwych w produkcie i materiale”) - odnoszący się do etapu pierwotnej użyteczności rzeczy
- 2) czynności gospodarki odpadami - w grupie tych czynności /czynności gospodarki odpadami/ priorytetem jest wybór rodzaju odzysku, do których należy przygotowanie do ponownego użytku oraz recykling.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 23 przez pojęcie „recykling” rozumieć należy „odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do celów wypełniania wyrobisk”. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 22, „przygotowanie do ponownego użycia” oznacza „odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania”.

Na najniższym – ostatnim miejscu w hierarchii - a więc i najmniej preferowanym sposobem postępowania z odpadami jest ich unieszkodliwianie.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 30 ustawy o odpadach stanowi, iż przez pojęcie „unieszkodliwianie odpadów” należy rozumieć „proces niebędący odzyskiem, nawet jeżeli wtórnym skutkiem takiego procesu jest odzysk substancji lub energii”. Ma więc tu miejsce swoista negatywna kwalifikacja. Dodatkowo w załączniku nr 2 do ustawy ustawodawca ujął „Niewyczerpujący wykaz procesów unieszkodliwiania”, zawierający przykładowe wyliczenie czynności kwalifikowanych jako czynności unieszkodliwiania (podobnie - załącznik I do dyrektywy 2008/98/WE -). Są to:

- D1 - składowanie w gruncie lub na powierzchni ziemi (np. składowiska itp.),
- D2 - przetwarzanie w glebie i ziemi (np. biodegradacja odpadów płynnych lub szlamów w glebie i ziemi itd.),
- D3 - głębokie zatłaczanie (np. zatłaczanie odpadów w postaci umożliwiającej pompowanie do odwiertów, wysadów solnych lub naturalnie powstających komór itd.),
- D4 - retencja powierzchniowa (np. umieszczanie odpadów ciekłych i szlamów w dołach, poletkach osadowych lub lagunach itd.),
- D5 - składowanie na składowiskach w sposób celowo zaprojektowany (np. umieszczanie w uszczelnionych oddzielnych komorach, przykrytych i izolowanych od siebie wzajemnie i od środowiska itd.),
- D6 - odprowadzanie do wód z wyjątkiem mórz i oceanów,
- D7 - odprowadzanie do mórz i oceanów, w tym lokowanie na dnie mórz,
- D8 - obróbka biologiczna, niewymieniona w innej pozycji załącznika nr 2, w wyniku której powstają ostateczne związki lub mieszanki, które są unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek spośród procesów wymienionych w poz. D1-D12,
- D9 - obróbka fizyczno-chemiczna, niewymieniona w innej pozycji niniejszego załącznika, w wyniku której powstają ostateczne związki lub mieszaniny unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek spośród procesów wymienionych w pozycjach D1-D12 (np. odparowanie, suszenie, kalcynacja itp.),
- D10 - przekształcanie termiczne na lądzie,
- D11 - przekształcanie termiczne na morzu (ten proces jest zabroniony na mocy przepisów Unii Europejskiej i konwencji międzynarodowych),
- D12 - trwałe składowanie (np. umieszczanie pojemników w kopalniach itd.),
- D13 - sporządzanie mieszanki lub mieszanie przed poddaniem odpadów któremukolwiek z procesów wymienionych w

pozycjach D1-D12,

D14 - przepakowywanie przed poddaniem któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycjach D1-D13,

D15 - magazynowanie poprzedzające którykolwiek z procesów wymienionych w pozycjach D1-D14 (z wyjątkiem wstępnego magazynowania u wytwórcy odpadów).

Z powyższego wynika, iż sposób zagospodarowania odpadów przez PreZero Jantra sp. z o.o. – unieszkodliwianie – jest sposobem ostatecznym, który winien być wybrany finalnie, gdy nie ma żadnego innego wyżej lokowanego w hierarchii gospodarowania odpadami. W niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił ofertę na recykling – który jest znacznie wyżej kwalifikowany niż unieszkodliwiania – w związku z powyższym oferta PreZero Jantra sp. z o.o. – w warunkach uczciwej konkurencji nie mogła zostać wybrana.

Postępowanie zgodne z szeroko stosowanym sposobem zagospodarowania odpadów oferowanym w niniejszej sprawie przez Odwołującego – jest preferowane przez ustawodawcę europejskiego. Wskazać należy, iż w dniu 14 czerwca 2018 r. opublikowane zostały w Dzienniku Urzędowym UE dyrektywy nowelizujące przepisy dotyczące gospodarki odpadami – tzw. pakiet odpadowy – w ramach którego określono owe cele do osiągnięcia dla państw członkowskich tj. do 2025 r. minimum 55 %, do 2030 r. minimum 60 % przygotowania do ponownego użycia oraz recyklingu w stosunku do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych. Takiego założenia z pewnością nie da się uzyskać w sytuacji gdy tak jak w niniejszej sprawie Zamawiający będzie preferował – wbrew bezwzględnie obowiązującym przepisom ustawy – najmniej korzystny sposób postępowania z odpadami tj. ich unieszkodliwianie przez metodą bardzo pożądaną, tj. recyklingiem. Również dlatego odwołanie jest zasadne.

Odwołujący podniósł, iż funkcjonująca w prawie polskim zasada bliskości stanowi jeden z instrumentów służących ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi, zapobiegających i zmniejszających negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania odpadów (np. w ramach odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) oraz gospodarowania nimi (poprzez ich odzysk albo unieszkodliwianie). Zasada wymaga, aby odpady były w pierwszej kolejności poddawane przetwarzaniu w miejscu ich powstania (art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach). Odpady objęte Zamówieniem powstają na terenach nieruchomości zlokalizowanych w Szczecinie. Firma PreZero Jantrasp. z o.o. może jedynie dokonać unieszkodliwienia odpadów. W związku z tym, realizacja zasady bliskości zgodnie z art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach jest niemożliwa. W konsekwencji odpady powinny zostać przekazane do miejsc, w których mogą być przetworzone /czyli tam gdzie działa spółka EL – KAJO sp. z o.o.

Zgodnie z art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Przewidziana w przepisie zasada bliskości ma charakter ogólny i dotyczy każdego przedmiotu lub substancji spełniającego przesłanki uznania go za odpad w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 6 Ustawy o odpadach. Ustawodawca nie wyłączył zastosowania art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach w odniesieniu do niektórych rodzajów „odpadów, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania”. Przeciwnie, tego rodzaju odpady muszą być przekazywane do miejsc, w których mogą być przetworzone. Zasada bliskości obowiązuje w dwóch wariantach: ogólnym - określonym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, oraz szczególnym - przewidzianym w art. 20 ust. 3-6 Ustawy o odpadach.

Do czasu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. przewidziane w art. 20 ust. 3-11 Ustawy o odpadach szczegółowe rozwiązania stanowiły wyjątki „przełamujące nakaz płynący z zasady bliskości”, polegający na obowiązku przetwarzania odpadów w instalacjach zlokalizowanych na obszarze województwa lub regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

Wejście w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach skutkowało m.in. zniesieniem pomocniczego podziału państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi. Zatem, do odpadów objętych zamówieniem aktualnie znajduje zastosowanie zasada bliskości w wariantcie ogólnym, przewidzianym w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach. Kryteria (elementy) wchodzące w skład zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami, to zgodnie z art. 20 ustawy o odpadach stwierdzenie, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. W przepisie zawarto łącznie trzy kryteria wymagane do uwzględnienia w toku ustalania miejsca zagospodarowania odpadów, które nie mogą zostać przetworzone w miejscu ich wytworzenia: (i) kryterium odległości, (ii) kryterium hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz (iii) kryterium najlepszej dostępnej techniki. Posiadacz odpadów ma obowiązek przekazać odpady „do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone”. Takie przekazanie odpadów musi jednak uwzględniać (brać pod uwagę i stosować) pozostałe elementy wprost wskazane w tym przepisie, czyli „hierarchię sposobów postępowania z odpadami” i „najlepszą dostępną technikę”. W ten sposób ustawodawca uzupełnia kryterium odległości o kryteria jakościowe, które pozwalają na ustalenie „najbliższych położonych

miejsca" spełniających odpowiednie wymagania środowiskowe, a nie wskazanie „najbliższej położonego miejsca” dokonywanego z pominięciem wymagań środowiskowych. W toku weryfikacji poszczególnych instalacji z zasadą bliskości należy wziąć pod uwagę „hierarchię sposobów postępowania z odpadami”. Stanowi to odesłanie do art. 17 Ustawy o odpadach wprowadzającego następującą kolejność

sposobów postępowania z odpadami: (1) zapobieganie powstawaniu odpadów, (2) przygotowanie do ponownego użycia, (3) recykling, (4) inne procesy odzysku i (5) unieszkodliwianie. Stąd też, zasada bliskości w art. 20 ust. 2 wymaga w szczególności odstąpienia od przekazywania odpadów do instalacji zlokalizowanej najbliższej miejsca ich wytworzenia, jeżeli instalacja położona dalej zapewnia wyższą formę zagospodarowania takich odpadów (np. recykling zamiast innych form odzysku albo zamiast unieszkodliwiania).

Zdaniem Odwołującego, prawidłowe rozumienie wyrażonej w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasady bliskości w wydaniu ogólnym obejmuje tylko i wyłącznie wzięcie pod uwagę przez konkretnego zamawiającego wszystkich trzech kryteriów przewidzianych w tym przepisie tylko i wyłącznie biorąc pod uwagę wszystkie te kryteria, tzn. (1) hierarchię postępowania z odpadami, (2) najlepszą dostępną technikę i (3) odległość. W sytuacji, gdyby Zamawiający rozumiał wyrażoną w art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach zasadę bliskości w wydaniu ogólnym w taki sposób, jaki wynika z brzmienia tego przepisu, orzecznictwa KIO i praktyki innych zamawiających, wówczas oferta Wykonawcy nie mogłaby zostać odrzucona.

Podsumowując powyższe rozważania Odwołujący stwierdził, że wybranie oferty PreZero Jantra sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu ma źródło jedynie w nieprawidłowej wykładni zasady bliskości dokonanej przez Zamawiającego, sprowadzającej ją wyłącznie do odległości instalacji komunalnej od miejsca wytworzenia odpadów i jako takie nie może się ostać. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu znajduje uzasadnienie w wyrokach KIO i orzecznictwie sądowym.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, iż odrzuceniu podlega oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża. Istotne jest wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia.

Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 2 u.z.n.k., określając przykłady zachowań składających się na czyn nieuczciwej konkurencji. Są to w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

W dotychczasowym orzecznictwie uznawano, że dobre obyczaje kupieckie narusza ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację. Kształtowanie ceny nierynkowej i rażąco niskiej czy wręcz symbolicznej, ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie ponoszą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkurować z wykonawcą. Praktyka taka nie zasługuje na ochronę.

W niniejszej sprawie PreZero sp. z o.o. skalkulowało cenę rażąco nisko albowiem ustaliło ją o najniższą w hierarchii postępowania z odpadami metodę ich zagospodarowania tj.

unieszkodliwienie, która to cena nigdy nie będzie mogła konkurować z metodą recyklingu, na podstawie której cenę skalkulował Odwołujący. Wybór oferty w takich realiach z rażąco niską ceną – stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zawarcie zaś umowy ze spółką PreZero Jantra sp. z o.o. będzie stanowiło naruszenie prawa w stopniu powodującym jej nieważność – na podstawie art. 58 § 1 k.c. lub 58 § 3 k.c. – w związku z art. 17 i 18 ustawy o odpadach – albowiem zawarta zostanie umowa z podmiotem PreZero Jantra sp. z o.o., który w ofercie wskazał sposób

zagospodarowania odpadów niższy w hierarchii postępowania odpadami niż odwołujący. Tego typu zachowanie naruszałoby wprost bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa – art. 58 § 1 k.c. /lub co najmniej będzie prowadziło do obejścia prawa.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie mógł odnieść się merytorycznie do skalkulowanej przez PreZero Jantra sp. z o.o. ceny – albowiem informacje jej dotyczące zostały w sposób nieprawidłowy uznane przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa – co spowodowało ich utajnienie.

Pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. Zamawiający zażądał od PreZero Jantra sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych – albowiem zaoferowana przez PreZero Jantra sp. z o.o. cena całkowita zamówienia była niższa co najmniej o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT – która została ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

Wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. pismem z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielił odpowiedzi – z tym, że jeżeli chodzi o kalkulację ceny - w całości zastrzegł ją jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przed wniesieniem niniejszego odwołania wniósł do Zamawiającego o udostępnienie informacji, co do odpowiedzi PreZero Jantra sp. z o.o. w kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – jednak nie uzyskał w tym zakresie odpowiedzi z uwagi na powołanie się Zamawiającego na tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki.

Odwołujący podniósł, iż bez udostępnienia tych dokumentów formułowanie zarzutów dotyczących RNC, ich uzasadnianie i wykazywanie staje się iluzoryczne, skoro Odwołujący może bazować jedynie na posiadanych przez siebie dokumentach i informacjach, które pozostały w tym postępowaniu jawne, a nie dotyczą wprost i bezpośrednio cen, ich kalkulacji i wyjaśnienia rynkowego charakteru, jak też zgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący podkreślił, że konieczność ujawnienia wyjaśnień dotyczących oferty PreZero Jantra sp. z o.o. w zakresie RNC jest kluczowa dla zapewnienia pełnej transparentności postępowania przetargowego. Odtajnienie tych informacji umożliwi Odwołującemu, weryfikację zaproponowanego sposobu spełniania świadczenia, przyjętego do realizacji umowy założeń. W tym postępowaniu nie ma bowiem żadnych obszarów pozwalających na wypełnienie go inwencją wykonawcy, skoro przedmiot świadczenia został w całości scharakteryzowany ściśle opisanymi wymaganiami, i powtórzony we wskazanych wezwaniach do wyjaśnienia cen oferty. Zgodnie z art. 74 Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny, a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po upływie terminu ich składania. Jednocześnie, w treści art. 18 ust. 3 Pzp wskazano, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał PreZero Jantra sp. z o.o. formułując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przy przekazywanych wyjaśnieniach, definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera się w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2022 r. poz. 1233 ze zm.). Zgodnie z ww. regulacją, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą więc zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Odwołującego, po dokonaniu wnikliwej oceny przekazanej jawnej części oferty, złożonej przez PreZero Jantra sp. z o.o. pisma z wyjaśnieniami wraz z udostępnionymi załącznikami (w ujawnionym zakresie), a także pisma z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, należy zwrócić uwagę na fakt, że niedopuszczalnym jest uznanie, że zastrzeżone przez podmiot w nieodtajnionym dotychczas zakresie informacje stanowiące treść złożonych wyjaśnień treści oferty spełniają wyżej wymienione przesłanki dopuszczające możliwość dokonania skutecznego zastrzeżenia.

Analizując szczegółowo treść pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa PreZero Jantra sp. z o.o. należy podkreślić, że nie wykazał on zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, posługując się w ramach uzasadnienia ogólnikowymi i dalece generalizującymi twierdzeniami, nie zindywidualizowanymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Wykonawca próbuje za pomocą bardzo ogólnie przedstawionych sformułowań (bez podania żadnych danych liczbowych czy doprecyzowania okoliczności specyficznych dla niego) PreZero Jantra sp. z o.o. nie podjął przy tym nawet próby aby tezy te skojarzyć z własną sytuacją z niniejszego postępowania i złożonymi wyjaśnieniami. Nie polegają na prawdzie bowiem twierdzenia, że zastrzeżone informacje (zapewne kalkulacja – zważywszy na przywołanie jednego załącznika) które obejmują części składowe kosztu realizacji

usługi w przeliczeniu na określoną jednostkę lub dla zakresu wymaganego dla przedmiotowego zamówienia, jak również założenia przyjęte do obliczenia poszczególnych części składowych tego kosztu, w realiach tego postępowania przy ścisłym określeniu sposobu jego realizacji mają charakter informacji technicznych czy organizacyjnych posiadających przy tym wymierną wartość gospodarczą, podlegającą ochronie zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym nie sposób doszukać się w tych zastrzeżeniach nie tylko wykazania cytowanych przesłanek, w tym szczególnie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ale też potencjalnej szkody związanej z ich ujawnieniem.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, odtajnieniu powinny podlegać wyjaśnienia i informacje, co do których PreZero Jantra sp. z o.o. nie dopełnił podstawowych obowiązków związanych z koniecznością prawidłowego wykazania zasadności zastrzeżenia, poprzez wykazanie spełniania wszystkich przesłanek dopuszczalności uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, który to element powinien był również wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w kontekście badania oferty w trybie art. 223 i art. 224 Pzp, a odtajnienie to powinno umożliwić Odwołującemu konkretyzację zarzutów dot. zaoferowanych przez tych wykonawców.

Dodatkowo, jako argument uzasadniający to, iż oferta PreZero sp. z o.o. została złożona z rażąco niską ceną – jest to, iż istnieje realna możliwość nałożenia kar przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska – za niespełnienie wymogów Recyklingu.

Wykonawca PreZero sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 26 sierpnia 2024 r. Mając na uwadze warunki zamówienia wraz z dokonaną w formie odpowiedzi na pytania do SWZ wykładnię treści ww. warunków, Przystępujący w dniu 3 czerwca 2024 r. złożył ofertę na wykonanie przedmiotowego zamówienia, w której, w pkt C Formularza Ofertowego, jako sposób zagospodarowania odpadów będących przedmiotem postępowania, podał proces D9 a więc dopuszczony przez Zamawiającego proces unieszkodliwiania odpadów.

Zdaniem Przystępującego, nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna warunkami zamówienia – tj. z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ w żadnym z postanowień OPZ czy SWZ, Zamawiający nie wymagał bowiem, aby zamówienie było realizowane zgodnie z przepisami:

art. 17 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;

art. 18 ustawy o odpadach – tzw. Przesłanki stosowania hierarchii postępowania z odpadami;

art. 20 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę bliskości;

art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej dostępnej techniki;

art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej technologii;

art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;

§ 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp znajduje zastosowanie, gdy jest możliwe wykazanie w sposób niebudzący wątpliwości, że w aspektach merytorycznych treść świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty nie odpowiada wymogom postawionym w dokumentach zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał zasadności swojego zarzutu i owej niezgodności treści oferty Przystępującego z wymogami postępowania.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, nie może w sposób dowolny (tak jak życzy sobie Odwołujący) zmieniać treści warunków zamówienia i oceniać złożone oferty w sposób odmienny niż sformułowane przez niego warunki zamówienia w dokumentach zamówienia.

W konsekwencji, nie można mówić o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, jeśli Zamawiający wprost nie sformułował w dokumentacji zamówienia konieczności zapewnienia przez Wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodności z następującymi przepisami prawa, o których pisze Odwołujący

W ocenie Przystępującego, nie sposób nie odnieść wrażenia, że pomimo zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jego uzasadnienie nie dotyczy niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a koncentruje się na nieprawidłowo opisanym przez Zamawiającego przedmiocie zamówienia. W ocenie Przystępującego, ten zarzut należy uznać za spóźniony na obecnym etapie postępowania.

Treść warunków zamówienia jest jednoznaczna i nie można obecnie przyjmować innego rozumienia niż wynikające z wykładni językowej ww. postanowień SWZ, w tym OPZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż oferta ta ma rażąco niską cenę – albowiem jeżeli zostałaby skalkulowana zgodnie z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ jej cena winna być znacznie wyższa niż zaoferowana kwota 5.452.920,00 zł w sytuacji, gdyby PreZero Jantra sp. z o.o. skalkulował ofertę uwzględniającą recykling odpadów, a nie najniżej przedstawiony sposób zagospodarowania odpadów w hierarchii postępowania z nimi – tj. ich unieszkodliwianie.

Powyższy zarzut pozostaje w ścisłym związku z zarzutem opisanym w pkt I, do którego zastosowanie ma argumentacja z pkt I nn. pisma Przystępującego.

Oferta Przystępującego obejmuje dopuszczony przez Zamawiającego sposób zagospodarowania odpadami, jakim jest unieszkodliwianie odpadów, co również istotne Zamawiający nie ustanowił gradacji ważności oferowanych sposobów zagospodarowania odpadami stanowiących przedmiot zamówienia.

Zauważenia wymaga także, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Nie poparte żadnymi dowodami głoszone twierdzenie Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, bo powinna być co najmniej w takiej wysokości jak cena oferty Odwołującego, nie może się ostać i nie może stanowić podstawy zarzutu. Nie każda niższa cena jest ceną nierynkową. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowiódł, że tak nie jest.

Nie zasługuje na uwzględnienie także argumentacja Odwołującego „iż oferta PreZero sp. z o.o. została złożona z rażąco niską ceną – jest to, iż istnieje realna możliwość nałożenia kar przez Wojewódzki Inspektorat Ochronny Środowiska – za niespełnienie wymogów Recyklingu”. Po pierwsze, wystawiane przez Odwołującego artykuły dotyczą kar za nieosiągnięte poziomy recyklingu, które są nakładane przez WIOŚ na gminy a nie na wykonawców. Po drugie, kary te dotyczą nieosiągniętych poziomów recyklingu za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odbieranych od mieszkańców nieruchomości z terenu danej gminy, objętych gminnym systemie gospodarowania odpadami. Po trzecie, przedmiotowe zamówienie nie dotyczy odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości, zatem takie kary nie zostaną nałożone na Przystępującego.

Co do zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji albowiem wskazanie metody zagospodarowania odpadów na poziomie najmniej preferowanego działania – tj. unieszkodliwiania odpadów – w sytuacji, gdy Odwołujący wskazuje metodę znacznie wyżej preferowaną – tj. recykling – narusza ustawowy obowiązek stosowania hierarchii postępowania z odpadami i przy wyborze tej oferty przez Zamawiającego – narusza istotnie interes odwołującego, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji

Przystępujący zaprzeczył wszystkim twierdzeniom Odwołującego o rzekomym złożeniu oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji, gdyż nie doszło do zaoferowania usług poniżej kosztów świadczenia usług, a wycena oferty została dokonana prawidłowo w oparciu o warunki zamówienia ustanowione przez Zamawiającego.

Trudno w stanie faktycznym niniejszej sprawy mówić, że oferta Przystępującego, jej złożenie jest sprzeczne z prawem czy z dobrymi obyczajami skoro sam Zamawiający umożliwił złożenie oferty na unieszkodliwienie odpadów i sam Zamawiający wskazał, że nie będzie preferował żadnej z metod zagospodarowania odpadami.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie wskazał ani nie udowodnił normy, ani klauzuli dobrych obyczajów, które miałyby być naruszone złożeniem oferty przez Przystępującego, ani nie udowodnił, że w ogóle doszło do wskazanych w odwołaniu działań wypełniających znamiona art. 3 ust. 1 uznk, ani tym bardziej, że działania te polegające na rzekomym nieprawidłowym zaoferowaniu unieszkodliwiania jako metody zagospodarowania odpadów miały wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta w ten sposób, że ich interes został zagrożony lub naruszony.

Co do zarzutów naruszenia: art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu; art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – w sprawie odpadów, Przystępujący wnosi o oddalenie tych zarzutów i ich nierozpoznawanie. Środki ochrony prawnej przysługują wobec czynności Zamawiającego podjętych (lub zaniechanych) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy (tak, art. 513 ustawy Pzp.). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega kontroli przez Izbę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp, co oznacza także, że ww. zarzuty nie powinny stanowić samodzielnej podstawy odwołania. Innymi słowy Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 513 Pzp nie jest właściwa do dokonywania oceny ewentualnego naruszenia przepisów innych ustaw niż ustawa Pzp, tym bardziej, że jak dowodzi powyżej Przystępujący, żaden z ww. przepisów prawa nie był wskazany w SWZ jako warunek zamówienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 239 Pzp, Przystępujący wskazał, że jednym kryterium oceny ofert określonym w przedmiotowym postępowaniu była cena – 100% (Rozdział XXIII, pkt 7,8,9 SWZ). Zatem, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną czyli ofertę Przystępującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp z uwagi na fakt, że Zamawiający dokonał wyboru oferty PreZero Jantra sp. z o. o. wbrew ustawowej hierarchii postępowania z odpadami mimo iż Odwołujący oferował znacznie wyższy w hierarchii sposób zagospodarowania odpadów, tj. recykling, Przystępujący podniósł, że przepis art. 16 Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutów odwołania. Przepis ten odnosi się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechań wynikających z ustawy. Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej jest tym samym zobligowany do uściślenia naruszenia konkretnej zasady poprzez powiązanie jej z konkretnym przepisem ustawy. Tymczasem, Odwołujący formułuje zarzut naruszenia

podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości, zasady proporcjonalności, argumentując ten zarzut tym, że naruszenie dotyczyło wyboru oferty Przystępującego a nie Odwołującego, który zaoferował wyższy w hierarchii postępowania z odpadami sposób zagospodarowania odpadami, tj. recykling podczas gdy zgodnie z dokumentacją zamówienia Zamawiający nie ustanowił hierarchii postępowania z odpadami oraz umożliwił wykonawcom złożenie ofert na przetwarzanie odpadów w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie czyli umożliwił wykonawcom złożenie oferty na jeden z wybranych ww. procesów zagospodarowania odpadów,

Co do zarzutu naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten definiuje rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, które ma stricte kontrydiktoryjny charakter. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał zasadności postawionego zarzutu. Przystępujący złożył dwa komplety dokumentów, które zostały opisane jako część jawna i niejawna, podkreślając w swoim uzasadnieniu, iż nie jest jego intencją zastrzeganie wszelkich informacji. Dlatego też stworzył dwa komplety dokumentów. Jedne z nich są jawne, dostępne dla ogółu, inne wyłącznie do zapoznania się przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego, wykazał on wszystkie przesłanki konieczne do uznania, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne.

Zamawiający, pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Co do zasady, warunki zamówienia to pojęcie obejmujące wszelkie warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. To elementy, o których mowa w art. 7 pkt 29 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu na warunki zamówienia, istotne pod kątem złożonego Odwołania, składają się w szczególności:

- opis przedmiotu zamówienia;
- kryteria oceny ofert;
- wymagania dotyczące udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podstawy wykluczenia, katalog podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z udzielanego zamówienia.

Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SWZ) m.in. następujące wymagania:

- Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach (ust. z 14.12.2012 z późn. zm.) oraz aktach wykonawczych, takich jak Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (rozp. z 7.10.2016 r. z późn. zm.).
- Zamawiający wymaga, aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowane w sposób inny niż poprzez składowanie.

Kryteria oceny ofert zostały określone w rozdziale XXIII SWZ (ust. 7-9) Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierował kryterium najniższej ceny, wskazując przy tym, że ocenie będą podlegać wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu, a za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale IX SWZ uszczegółowił wymagania dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli Wykonawca zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi

przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

lub

- jeśli wykonawca złoży ofertę jako sprzedawca odpadów lub pośrednik w obrocie odpadami to musi posiadać odpowiednie wpisy w zakresie kodów, na których odbiór składana jest oferta, natomiast odbiorca docelowy (do którego odpad ma zostać przekazany) musi posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli odbiorca docelowy zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

W dniu 16 i 23 maja 2024 r. 1 Odwołujący (lider Konsorcjum - EL-KAJO Sp. z o.o.) wniósł pytania do treści SWZ, na które Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp udzielił odpowiedzi podtrzymując treść postanowień SWZ.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający jednoznacznie określił warunki zamówienia w dokumentach zamówienia.

Wszelkie wątpliwości, również w sposób jednoznaczny rozstrzygnął w odpowiedziach na pytania. Wykonawcy zainteresowani wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu (w tym przede wszystkim Odwołujący) nie mogli mieć żadnych wątpliwości, co do oczekiwań Zamawiającego i określonego sposobu oceny ofert. Oczywistym jest, że odpowiedzi Zamawiającego, ani sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu od momentu wszczęcia nie były zgodne z oczekiwaniami Odwołującego.

Odwołujący jednak nie wniósł odwołania dotyczącego treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia. Swoje wątpliwości (zarzuty) ujęte wcześniej w pytaniach, stanowią dziś podstawę dla Odwołującego do zastosowania środka zaskarżenia czynności zaniechania odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż w ocenie Odwołującego oferta ta jest niezgodna warunkami zamówienia. Przy czym Odwołujący zarzut wybrania przez Zamawiającego oferty podlegającej odrzuceniu, nie odnosi do treści oferty (wykazując jej niezgodność z warunkami zamówienia), tylko do treści dokumentów zamówienia, kwestionując przy tym prawo Zamawiającego do sformułowania ich w określony sposób.

Zamawiający wyjaśnił, że od 2018 roku organizuje postępowania na sukcesywny odbiór, transport i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 01 15* wytwarzanego w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. w Szczecinie w oparciu o warunki, które dziś stanowią podstawę złożonego odwołania. Mimo, że Zamawiający od lat nie zmienia swoich wymagań, to jednak rynek konkurencji ulega ciągłym zmianom i jak się okazuje, nie są to zmiany korzystne z punktu widzenia Odwołującego. W latach 2018-2023 najkorzystniejszą ofertą w ww. postępowaniach była oferta Odwołującego (partnera konsorcjum – MOBRUK S.A.) i w tym okresie Odwołujący nie miał wątpliwości, co do warunków zamówienia formułowanych przez Zamawiającego, nie kwestionował ich treści, zasadności i zgodności z prawem. W tym roku ofertę korzystniejszą złożył inny wykonawca – PreZero Jantra Sp. z o.o., co stanowi jedyną faktyczną przyczynę kwestionowania przez Odwołującego czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Okolicznością sporną, stanowiącą podstawę zarzutu sformułowanego przez Odwołującego jest to, czy Zamawiający miał prawo wybrać ofertę oferującą inny sposób postępowania z odpadami niż zaproponował Odwołujący, opierając się przy tym na hierarchii postępowania z odpadami. Jednak Zamawiający w dokumentacji postępowania nie ograniczył możliwości złożenia ofert do wybranych metod postępowania z odpadami. Zamawiający nie wskazał, że będzie stosował w tym zakresie jakiegokolwiek preferencyjne kryteria pozwalające na przypisanie wag dla zaproponowanych przez wykonawców metod zagospodarowania odpadów. Zamawiający nie wyraził też zgody na propozycję Odwołującego wskazaną w pytaniu do SWZ, zgodnie z którą w przypadku braku złożonych ofert na zagospodarowanie przedmiotowych odpadów w procesie odzysku, Zamawiający wybierze ofertę, która zaoferuje zagospodarowanie odpadów poddając je procesowi unieszkodliwiania, ani nie zgodził się również odrzucić oferty wykonawcy, który zaproponuje formę zagospodarowania odpadów metodą unieszkodliwiania w przypadku, kiedy wpłynie również od innego wykonawcy oferta, który zaproponował formę zagospodarowania odpadów metodą odzysku. Oba te rozwiązania proponował Odwołujący w pytaniach do treści SWZ i na oba otrzymał jednoznaczny, negatywny odpowiedź Zamawiającego.

Próba wykazania przez Odwołującego, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty PreZero Jantra Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia jest więc bezpodstawną. Decydujące przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej są postanowienia SWZ, które „podlegają w pierwszej kolejności wykładni literalnej. Stanowi ona gwarancję równego traktowania wykonawców na etapie badania i oceny ofert”. Zatem, zasadą jest, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie wymogów zawartych w SWZ.

Oferta wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca PreZero Jantra Sp. z o.o. ma nadany nr BDO. Przekazane decyzje na prowadzenie działalności są aktualne. Zgodnie z posiadanymi decyzjami, podmiot może prowadzić instalację stabilizacji odpadów niebezpiecznych w tym kodu 19 01 15*, którego dotyczy postępowanie w ilości 20 000,00 Mg/rok, podmiot posiada również pozwolenie na magazynowanie odpadów w ilości 20 000,00 Mg/rok dla każdego z silosów (MS2, MS3). Wykonawca deklaruje zgodnie z posiadaną decyzją, że będzie przetwarzał odpady w procesie unieszkodliwiania: „D9 Obróbka fizyczno-chemiczna”, w wyniku którego powstają ostateczne związki lub mieszaniny unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek spośród procesów wymienionych w pozycjach D1–D12 (np. odparowanie, suszenie, kalcynacja itp.) Proces D9 nie jest składowaniem. W przedmiotowym procesie powstają odpady o kodzie 19 03 04* Odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane, inne niż wymienione w 19 03 08, które następnie są składowane na składowisku odpadów zgodnie z posiadanymi przez Wykonawcę decyzjami lub przekazywane innym uprawnionym podmiotom. Decyzje dotyczące składowiska są aktualne. Proces zagospodarowania odpadów 19 03 04* na składowisku to D5 Składowanie na składowiskach w sposób celowo zaprojektowany (np. umieszczanie w uszczelnionych oddzielnych komorach, przykrytych i izolowanych od siebie wzajemnie i od środowiska itd.). Możliwa ilość składowania odpadów w ciągu roku wynosi 47 600,00 Mg.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że oferta złożona przez wykonawcę PreZero Jantra Sp. z o.o., nie podlega odrzuceniu, spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, jak i jest najkorzystniejsza w ramach kryterium ceny spośród wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Działając zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, w dniu 6 czerwca 2024 r. Zamawiający zażądał od wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części

składowych, gdyż zaoferowana przez Wykonawcę cena całkowita zamówienia była niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca PreZero Jantra Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które w ocenie Zamawiającego stworzyły wiarygodne i rzetelne podstawy do uznania, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Wykonawca wyjaśnił w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, przy uwzględnieniu i spełnieniu wszelkich niezbędnych do tego warunków. Wykonawca nie tylko wskazał okoliczności, dla których był w stanie zaoferować cenę na poziomie odbiegającym od wartości zamówienia oraz cen innych złożonych w postępowaniu oferty, lecz również wykazał w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia i jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Złożone wyjaśnienia wykonawca poparł stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje.

Wykonawca wskazał, że biorąc pod uwagę usługi objęte przedmiotem zamówienia, główną kategorią kosztową są koszty personelu zaangażowanego do realizacji zamówienia oraz koszty zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 15*, obejmujące, m.in. poniżej przedstawione elementy kosztotwórcze: koszt transportu, koszty ogólne.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny sformułowany przez Odwołującego nie wymaga jednak szczegółowej analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami oraz wskazywania podstaw na jakich oparł się Zamawiający przy ich ocenie. Istota zarzutu Odwołującego dotyczącego rażąco niskiej ceny wynika z samego faktu przyjęcia oferty ofertującej (zgodnie z warunkami zamówienia) inny sposób postępowania z odpadami, czyli unieszkodliwianie, nie zaś recykling (jaki proponuje Odwołujący w swojej ofercie). W samym sformułowaniu zarzutu przez Odwołującego wskazano, że „cena winna być znacznie wyższa niż zaoferowana kwota 5.452.920,00 zł w sytuacji gdyby PreZero Jantra Sp. z o.o. skalkulowała ofertę uwzględniającą recykling odpadów a nie najniżej przedstawiony sposób zagospodarowania odpadów w hierarchii postępowania z nimi – tj. ich unieszkodliwianie”.

Zamawiający dopuścił udział w postępowaniu wykonawców prowadzących działalność w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie). Żaden zapis SWZ nie pozwala na wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie jego oferty, w sytuacji zaproponowania którejś z ww. metod postępowania z odpadami. Oczekiwanie Odwołującego, że Zamawiający dostosuje ocenę ofert w odniesieniu do oferowanej przez Odwołującego metody postępowania z odpadami, jest niedopuszczalne.

W przedmiotowym postępowaniu (mimo powtarzanych od lat tych samych warunków zamówienia) z uwagi na korzystną zmianę sytuacji na rynku, Zamawiający uzyskał ofertę spełniającą wszystkie wymagania określone w SWZ i pozwalającą zaoszczędzić ponad 3,5 mln złotych, co wydaje się być urzeczywistnieniem celów stawianych systemowi zamówień publicznych, nie zaś łamaniem jego zasad.

Zamawiający, co zostało już wcześniej wykazane, dokonał ww. oceny oferty wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. i stwierdził jej zgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Oferty wszystkich wykonawców były oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SWZ, a wybór został dokonany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Działanie Zamawiającego stanowi wyraz respektowania fundamentalnych zasad udzielania zamówień, w tym zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie zaś, jak wskazuje Odwołujący ich rażącego naruszenia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje: Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca PreZero sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp, wskazując że powyższe przepisy znalazły się w odwołaniu omyłkowo w świetle obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywny odbiór, transport i przetwarzanie odpadu o kodzie 19 01 15* wytwarzanego w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. w Szczecinie. Odpady do odbioru i przetworzenia (Kod odpadu: 19 01 15*) obejmują:

1. Rodzaj odpadów: Pyły z kotłów zawierające substancje niebezpieczne.
2. Parametry odpadu: odpady paleniskowe (pozostałości popiołów z kotła), których główne składniki stanowią tlenki glinu, krzemionka i chlorki. Odpad klasyfikowany jako niebezpieczny ze względu na wysoką zawartość metali ciężkich jak Pb, Cd, Ni, Zn, As, dioksyn, furanów. Odpad w postaci stałej.
3. Maksymalna ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania:

9 000 Mg – w okresie trwania zamówienia lub do wyczerpania środków przeznaczonych na realizację.

Zamawiający przewidział w pkt V.2 SWZ oraz pkt I.13 OPZ prawo opcji. Zamawiający wskazuje, iż określona w pkt. II. 3 OPZ ilość odpadów jest ilością maksymalną objętą zamówieniem. Rzeczywista ilość i rodzaj odpadu do odbioru i zagospodarowania wynikać będzie z bieżących potrzeb Zamawiającego oraz profilu produkcji odpadów, z zastrzeżeniem, że nie będzie ona mniejsza niż 80% ilości określonych w pkt. II. 3 OPZ. Zamawiający nie będzie pokrywał dodatkowych kosztów poza tymi, które zostaną określone jako wynagrodzenie Wykonawcy.

Zamawiający zawarł w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SWZ) w pkt I.14 następujące wymaganie: Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach (ust. z 14.12.2012 z późn. zm.) oraz aktach wykonawczych, takich jak Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (rozp. z 7.10.2016 r. z późn. zm.).

oraz w pkt 16 wymaganie:

Zamawiający wymaga, aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowane w sposób inny niż poprzez składowanie.

Kryteria oceny ofert zostały określone w rozdziale XXIII SWZ (pkt 7 i 9) Zamawiający wskazał w pkt 7: Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium najniższej cen, w pkt 8 Ocenie będą podlegać wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu oraz w pkt 9: Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najniższą ceną.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale IX SWZ uszczegółowił wymagania dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- posiadają uprawnienia do prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recycling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli Wykonawca zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

lub

- jeśli wykonawca złoży ofertę jako sprzedawca odpadów lub pośrednik w obrocie odpadami to musi posiadać odpowiednie wpisy w zakresie kodów, na których odbiór składana jest oferta, natomiast odbiorca docelowy (do którego odpad ma zostać przekazany) musi posiadać uprawnienia do prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recycling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli odbiorca docelowy zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

Z uwagi na to, że wykonawca nie może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał odpowiednie uprawnienia samodzielnie.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) Stosowne decyzje dotyczące gospodarowania odpadami, tzn. decyzje właściwych organów niezbędne do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia, ważne przez cały okres trwania umowy, t.j.:

- decyzję na przetwarzanie (w tym: odzysk, recycling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli Wykonawca zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów.

Decyzje muszą być potwierdzone odpowiednimi wpisami w systemie BDO (decyzja, miejsce prowadzonej działalności). Decyzje wydane przed 05.09.2018 r. wymagają dodatkowo przedstawienia potwierdzenia o ich dostosowaniu do Ustawy o odpadach (zmiana decyzji lub potwierdzenie złożenia odpowiedniego wniosku);

lub

wpis do BDO jako sprzedawca odpadów lub pośrednik w obrocie odpadami o kodach, na których odbiór składana jest oferta oraz decyzję Uprawnionego odbiorcy docelowego (do którego odpad ma zostać przekazany). Odbiorca docelowy winien posiadać decyzję na przetwarzanie (w tym: odzysk, recycling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Jeżeli odbiorca docelowy zamierza magazynować odebrane odpady (magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów) przed poddaniem ich procesowi przetworzenia, musi posiadać dodatkowo uprawnienia w zakresie magazynowania odpadów, z których wynika możliwość magazynowania przedmiotowych odpadów. Decyzje uprawnionego odbiorcy muszą być potwierdzone odpowiednimi wpisami w systemie BDO (decyzja, miejsce prowadzonej działalności). Decyzje wydane przed 05.09.2018 r. wymagają dodatkowo przedstawienia potwierdzenia o ich dostosowaniu do Ustawy o odpadach (zmiana decyzji lub potwierdzenie złożenia odpowiedniego wniosku).

Zamawiający wymagał przygotowania oferty na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający postanowił, że Załącznik nr 1 do SWZ złożony przez wykonawcę, będzie stanowić treść oferty, w związku z

tym nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. ustawy Pzp.

W pkt B formularza ofertowego wykonawcy byli zobowiązani podać m.in. cenę netto za jednostkę miary oraz wartość brutto.

W pkt C.1. formularza ofertowego Zamawiający wymagał wskazania instalacji oraz sposobu zagospodarowania odpadów.

Zgodnie z postanowieniami SWZ, *Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami Umowy określonymi w niniejszej SWZ. Cena winna obejmować w szczególności koszty prac związanych z przygotowaniem do realizacji usługi, zabezpieczenie kosztów dotyczących materiałów niezbędnych do świadczenia usługi, wyposażenia stanowisk pracy osób realizujących usługę, koszty związane z ubezpieczeniami, zakładane marże, koszt ryzyk pojawiających się podczas realizacji zamówienia jakie na obecnym etapie Postępowania mogą być zidentyfikowane. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w OPZ oraz wzorem umowy.*

W dniu 16 i 23 maja 2024 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pytania do treści SWZ, na które Zamawiający na podstawie art. 135 ust. 1 i ust. 2 Pzp udzielił odpowiedzi, podtrzymując treść postanowień SWZ:

Pytanie 1. *Zamawiający zgodnie z zapisami Rozdz. XI ust. 2 pkt 2 SWZ precyzuje warunki udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania (w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie) odpadów o kodach, na których odbiór składana jest oferta. Proszę o doprecyzowanie czy Zamawiający wymaga uprawnień do przetwarzania odpadów objętych postępowaniem w jednym z wymienionych procesów, tj. w procesie odzysku lub recyklingu lub procesie unieszkodliwiania czy Zamawiający wymaga posiadania uprawnień w zakresie wszystkich wymienionych procesów przetwarzania odpadów?*

ODPOWIEDŹ *Zamawiający wymaga posiadania przez Wykonawcę uprawnień w jednym z procesów (zgodnie ze składaną ofertą).*

Pytanie 2. *Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił bardzo szeroki zakres uprawnień i możliwości zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 15*, dopuszczając odzysk, recykling, unieszkodliwianie z wyjątkiem składowania. Zgodnie z zapisem Pkt I.14 Załącznika nr 6 do SWZ (OPZ) Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach (ust. z 14.12.2012 z późn. zm.) oraz aktach wykonawczych. Opierając się o wskazaną w art. 17 przywołanej ustawy hierarchię postępowania z odpadami oraz § 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu (Dz.U. 2016 poz. 108) należy przypomnieć, iż w pierwszej kolejności należy zapobiegać powstawaniu odpadów. Odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec powinny zostać odpowiednio zagospodarowane, w szczególności przez przygotowanie do ponownego użycia lub recykling. W dalszej kolejności wskazywane są inne procesy odzysku (w tym termiczne przekształcanie z odzyskiem energii), natomiast unieszkodliwianie jest ostatecznym i najmniej preferowanym kierunkiem zagospodarowania odpadów. W związku z tym Wytwórca odpadów, w pierwszej kolejności jest zobowiązany przekazać wytworzone odpady do odzysku a dopiero w przypadku braku takiej możliwości do unieszkodliwiania. Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę zapisów SWZ które będą mówiły o tym, że w przypadku braku złożonych ofert na zagospodarowanie przedmiotowych odpadów w procesie odzysku, Zamawiający może wybrać ofertę która oferuje zagospodarowanie odpadów poddając je procesowi unieszkodliwiania.*

ODPOWIEDŹ: *Zamawiający nie wyraża zgody.*

Pytanie 3: *Prosimy o informację, czy Zamawiający działając zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami a w szczególności z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu (§ 10. 1. Odpady powstałe w wyniku procesu poddaje się odzyskowi, a w przypadku braku takiej możliwości – unieszkodliwia się je ze szczególnym uwzględnieniem frakcji metali ciężkich) odrzuci ofertę Wykonawcy, który zaproponował formę zagospodarowania odpadów metodą unieszkodliwiania w przypadku, kiedy wpłynie również od innego Wykonawcy oferta, który zaproponował formę zagospodarowania odpadów metodą odzysku.*

ODPOWIEDŹ *Zgodnie z SWZ Zamawiający wymaga, aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowane w sposób inny niż poprzez składowanie. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena ofertowa. Za ofertę najkorzystniejszą, zostanie uznana oferta zawierająca najniższą cenę. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiadać będzie wszystkim wymaganiom określonym SWZ.*

W dniu 3 czerwca 2024 r. nastąpiło otwarcie ofert. Do chwili upływu terminu składania ofert wpłynęły do Zamawiającego 4 oferty:

1. EL – KAJO sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, Mo – BRUK S.A. z siedzibą w Korzennej – cena brutto: 9.214.560,00 zł;
2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ABBA – EKOMED sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – cena brutto: 17.605.920,00 zł;
3. PreZero Jantra sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – cena brutto: 5.452.920,00 zł;
4. Konsorcjum : Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Synergia Południe

sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Katowicach – cena brutto: 11.275.200,00 zł.

Przystępujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotowego zamówienia, w której, w pkt C formularza ofertowego, jako oferowany sposób zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia, wskazał proces D9 - proces unieszkodliwiania odpadów.

Działając zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp., w dniu 6 czerwca 2024 r. (pismem z dnia 5 czerwca 2024 r.) Zamawiający zażądał od wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż Zamawiający stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę cena całkowita zamówienia jest niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która to wartość została ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania.

Wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. pismem z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielił wyjaśnień, zastrzegając kalkulację ceny - jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca PreZero Jantra Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które Zamawiający ocenił pozytywnie.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający, kierując się kryterium oceny ofert ustalonym w SWZ – kryterium ceny (100%), dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – tj. oferty złożonej przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o.

Izba dopuściła i dokonała oceny dowodów, wskazanych przez Odwołującego na okoliczności określone we wnioskach dowodowych:

1. dokumentacji z postępowania, w szczególności: formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego; formularza ofertowego złożonego przez spółkę PreZero Jantra sp. z o.o.; SWZ wraz z załącznikami nr 6 – Opis przedmiotu zamówienia; Informacji z dnia 30.07.2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej; pisma Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2024 r. wzywającego PreZero Jantra sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych; pisma PreZero Jantra sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2024 r. udzielającego odpowiedzi Zamawiającemu - na okoliczności wykazania zakresu zamówienia i jego części składowych, wymogu Zamawiającego podania przez oferentów w formularzu ofertowym metody zagospodarowania odpadami, wskazania przez Odwołującego recyklingu - jako metody zagospodarowania odpadów, wskazania przez PreZero Jantra sp. z o.o. unieszkodliwiania jako metody zagospodarowania odpadów;
2. dokumentu – Kontrola i Audyt NIK nr DOI: 10.53122/ISSN.0452-5027/2021.1.17 „Przetwarzanie w instalacjach Mechaniczno – Biologicznego Przetwarzania Odpadów, Postępowanie z odpadami komunalnymi” - na okoliczność wykazania, iż w wyniku kontroli przeprowadzonej przez NIK do września 2020 r. – NIK oceniła, działania organów administracji publicznej oraz prowadzących instalacje MBP i zarządzających składowiskami odpadów jako niewystarczające i nieskuteczne. Nieprawidłowym działaniem było to, że odpady powstające w instalacjach MBP w większości były poddawane procesom przetwarzania innym niż recykling i przygotowywanie do ponownego użycia – co było niezgodne z hierarchią postępowania z nimi – a przede wszystkim zagrażało osiągnięciu celów – czyli przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. Działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, które jest niezgodne i sprzeczne z hierarchią postępowania z odpadami;
3. wniosku do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2024 r.

W ocenie Izby, wnioski dowodowe Odwołującego przedstawione w pkt 2 i 3 powyżej mają charakter ogólny, nieskonkretyzowany. Odwołujący nie odniósł treści przedłożonych dokumentów do przedmiotu niniejszego postępowania, wobec czego Izba stwierdziła, że dla rozstrzygnięcia tej sprawy mają one jedynie znaczenie pogładowe.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż oferta ta jest niezgodna warunkami zamówienia – tj. z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ – zgodnie z którym „Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach – w szczególności w ustawie o odpadach.....” – albowiem narusza:

- art. 17 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;
- art. 18 ustawy o odpadach – tzw. Przesłanki stosowania hierarchii postępowania z odpadami;
- art. 20 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę bliskości;
- art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej dostępnej techniki;
- art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej technologii;
- art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami;
- § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami.

Nie zasługuje na uwzględnienie powyższy zarzut - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia – tj. z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp znajduje zastosowanie wówczas, gdy jest możliwe wykazanie w sposób

niebudzący wątpliwości, że m.in. treść świadczenia wykonawcy wynikającego z oferty w zakresie merytorycznym nie odpowiada wymogom określonym w dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący w niniejszej sprawie w żaden sposób nie wykazał zasadności tego zarzutu - niezgodności merytorycznej treści oferty Przystępującego z warunkami przedmiotowego zamówienia.

Postanowienie zawarte w pkt I.14 OPZ wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach (ust. z 14.12.2012 z późn. zm.) oraz aktach wykonawczych, takich jak Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (rozp. z 7.10.2016 r. z późn. zm.).

Zamawiający dopuścił udział w postępowaniu wykonawców prowadzących działalność w zakresie przetwarzania odpadów (w tym: odzysku, recyklingu, unieszkodliwiania). Żadne postanowienie SWZ w przedmiotowym postępowaniu nie pozwala na odrzucenie oferty - w sytuacji zaoferowania przez wykonawcę którejś z ww. metod zagospodarowania odpadów. Ponadto, zaoferowany przez Przystępującego sposób zagospodarowania odpadów w postaci unieszkodliwiania odpadów jest jednym z procesów, które wskazuje ww. ustawa o odpadach, jako możliwe sposoby zagospodarowania odpadów. W świetle treści ww. ustawy nie można uznać, że unieszkodliwianie odpadów, objętych przedmiotem zamówienia, jest sprzeczne z tą ustawą. Wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. posiada stosowne uprawnienia do wykonywania zaoferowanej działalności, co potwierdził za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie z posiadanymi decyzjami, wykonawca ten może prowadzić instalację stabilizacji odpadów niebezpiecznych w tym kodu 19 01 15*, którego dotyczy postępowanie w ilości 20 000,00 Mg/rok. Wykonawca posiada również pozwolenie na magazynowanie odpadów w ilości 20 000,00 Mg/rok dla każdego z silosów (MS2, MS3). Wykonawca zadeklarował zgodnie z posiadaną decyzją, że będzie przetwarzał odpady w procesie unieszkodliwiania: „D9 Obróbka fizyczno-chemiczna”, w wyniku którego powstają ostateczne związki lub mieszaniny unieszkodliwiane za pomocą któregośkolwiek spośród procesów wymienionych w pozycjach D1–D12 (np. odparowanie, suszenie, kalcynacja itp.) Proces D9 nie jest składowaniem – w procesie tym powstają bowiem odpady o kodzie 19 03 04* Odpady niebezpieczne częściowo stabilizowane, inne niż wymienione w 19 03 08, które następnie są składowane na składowisku odpadów, zgodnie z posiadanymi przez wykonawcę decyzjami lub przekazywane innym uprawnionym podmiotom. Proces zagospodarowania odpadów 19 03 04* na składowisku to D5 Składowanie na składowiskach w sposób celowo zaprojektowany (np. umieszczanie w uszczelnionych oddzielnych komorach, przykrytych i izolowanych od siebie wzajemnie i od środowiska itd.).

Jednocześnie, należy podkreślić, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w SWZ dopuścił wszystkie możliwe sposoby zagospodarowania odpadów, jako równorzędne. Jedynym kryterium, jakim, zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający może kierować się przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, jest cena.

Izba zwraca uwagę na fakt, że powoływane przez Odwołującego przepisy ustawy o odpadach i rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy, regulujących zasady hierarchii postępowania z odpadami, są kierowane do zamawiających, którzy są zobowiązani zaimplementować powyższe zasady do warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił wskazane w SWZ sposoby zagospodarowania odpadów, jako równorzędne i określił, jako jedyne kryterium oceny ofert – kryterium ceny. Treść postanowień SWZ w powyższym zakresie jest jasna i jednoznaczna. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie ograniczył możliwości złożenia ofert do wybranych metod postępowania z odpadami ani nie wskazał, że będzie stosował w tym zakresie jakiekolwiek kryteria poza cenowe pozwalające na gradację proponowanych przez wykonawców metod zagospodarowania odpadów.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert, w sposób dowolny interpretować postanowień SWZ i dokonywać oceny złożonych ofert w sposób odmienny niż sformułowany w dokumentach zamówienia. To właśnie Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określa warunki zamówienia i jeżeli wykonawcy nie wniosą skutecznie o ich zmianę, to warunki zamówienia stają się wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i dla wszystkich wykonawców składających oferty. Zasadą jest, że przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający działa w oparciu o postanowienia dokumentów zamówienia, na podstawie wymogów zawartych w SWZ.

Odwołujący, co prawda wnosił do Zamawiającego o zmianę postanowień SWZ w ramach pytań do SWZ, ale uzyskał od Zamawiającego odpowiedzi odmowne. Zamawiający nie wyraził zgody na propozycję Odwołującego wskazaną w pytaniu do SWZ, zgodnie z którą w przypadku braku złożonych ofert na zagospodarowanie przedmiotowych odpadów w procesie odzysku, Zamawiający wybierze ofertę, która zaoferuje zagospodarowanie odpadów poddając je procesowi unieszkodliwiania ani nie zgodził się również odrzucić oferty wykonawcy, który proponuje formę zagospodarowania odpadów metodą unieszkodliwiania w przypadku, kiedy wpłynie również od innego wykonawcy oferta, który proponował formę zagospodarowania odpadów metodą odzysku. Zamawiający w odpowiedziach na powyższe pytania, które stanowią integralną i wiążącą w postępowaniu treść SWZ, nie wyraził zgody na wprowadzenie w postępowaniu proponowanych przez Odwołującego postanowień.

Odwołujący miał możliwość wniesienia odwołania w powyższym zakresie, jako środka ochrony prawnej, w celu zmiany postanowień, które w ocenie Odwołującego nie odpowiadały obowiązującym przepisom, jednak takiego odwołania

nie wniośł.

Wymaganie Zamawiającego zawarte w pkt I.14 OPZ: *aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach, a w szczególności w ustawie o odpadach (ust. z 14.12.2012 z późn. zm.) oraz aktach wykonawczych, takich jak Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów (rozp. z 7.10.2016 r. z późn. zm.)* ma charakter generalny. Zobowiązuje ono wykonawców do stosowania obowiązujących przepisów, ale oczywiście - w zakresie, w jakim dotyczą one działalności wykonawców. Wymaganie to nie zastępuje jednak warunków zamówienia, których Zamawiający wprost nie wyraził w treści SWZ, w szczególności - co do podstawy oceny ofert odnoszącej się do zasad hierarchii postępowania z odpadami. Zauważyć należy, że kryteria oceny ofert muszą być jednoznacznie wyrażone w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w SWZ. Nie mogą być one wysnuwane z jakichkolwiek innych postanowień, czy norm, wprost nie wyrażonych w dokumentach zamówienia.

W konsekwencji, nie można zatem stwierdzić niezgodności treści oferty wykonawcy PreZero Jantra sp. z o.o. z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający nie sformułował w dokumentacji zamówienia sposobu oceny ofert, który pozwalałby na dokonanie oceny ofert, zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego. Treść warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest jednoznaczna. Wątpliwości wyrażone przez Odwołującego w pytaniach do treści SWZ zostały również w sposób jednoznaczny rozstrzygnięte przez Zamawiającego w odpowiedziach na zgłoszone pytania. Nie można zatem na etapie oceny ofert domniemać zasad oceny ofert innych niż wyrażone literalnie w treści dokumentów zamówienia, a wszelkie ewentualne wątpliwości dotyczące interpretacji postanowień SWZ, w tym OPZ, na etapie oceny ofert powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Podkreślenia wymaga fakt, że nie znajduje żadnego oparcia w treści SWZ ani w przepisach ustawy Pzp twierdzenie Odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada, iż „*W sytuacji kiedy odwołujący złożył ofertę wyższą w hierarchii postępowania z odpadami /art. 17 i 18 ustawy o odpadach/ wyłączone jest kryterium wyboru oferty tańszej – w sytuacji , w której inny oferent złożył ofertę o niższej cenie ale dotyczącej sposobu zagospodarowania odpadami w hierarchii umieszczonej niższej niż oferta droższa. Jest to zasada zgodnie, którą, oferta z bardziej pożądanym stopniem zagospodarowania odpadami wypiera ofertę ze sposobem zagospodarowania odpadami niżej umiejscowionym w hierarchii – niezależnie od ceny zagospodarowania. Argument ceny może być rozstrzygający jedynie gdy badamy oferty o tym samym /równorzędnym/ sposobie zagospodarowania odpadów np. dwie oferty na recykling lub dwie oferty unieszkodliwienie.*” ani zasada postulowana przez Odwołującego, że „*W sytuacji zatem, kiedy Odwołujący złożył ofertę wyższą w hierarchii postępowania z odpadami /art. 17 i 18 ustawy o odpadach, wyłączone jest kryterium wyboru oferty tańszej – w sytuacji, w której inny oferent złożył ofertę o niższej cenie, ale dotyczącej sposobu zagospodarowania odpadami w hierarchii umieszczonej niższej niż oferta droższa. Jest to zasada zgodnie z którą, oferta z bardziej pożądanym stopniem zagospodarowania odpadami wypiera ofertę ze sposobem zagospodarowania odpadami niżej umiejscowionym w hierarchii – niezależnie od ceny zagospodarowania. Argument ceny może być rozstrzygający jedynie gdy badamy oferty o tym samym /równorzędnym/ sposobie zagospodarowania odpadów np. dwie oferty na recykling lub dwie oferty unieszkodliwienie. W rozpoznawanym przypadku metoda recyklingu – znacznie wypiera najgorszą metodę zagospodarowania odpadów tj. unieszkodliwienie.*”

Powyższe tezy Odwołującego Izba uznała za wyraz jedynie subiektywnego stanowiska Odwołującego, gdyż nie znajdują one oparcia w przepisach ustawy Pzp. Izba zważyła, że postanowienia SWZ nie były kwestionowane przez Odwołującego w ramach postępowania odwoławczego, zatem na obecnym etapie - oceny ofert Odwołujący nie może oczekiwać, że specyfikacja warunków zamówienia będzie interpretowana wbrew jej literalnemu brzmieniu. W konsekwencji, w świetle postanowień SWZ, Zamawiający mógł kierować się przy ocenie ofert wyłącznie zasadami określonymi w przedmiotowym postępowaniu w dokumentach zamówienia. Respektując postanowienia SWZ w przedmiotowym postępowaniu należy uznać, iż fakt, że Odwołujący wskazał w swojej ofercie metodę /recykling/ lepszą w świetle ustawy o odpadach niż metoda, którą zaoferował wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o., nie ma wpływu na ocenę ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że oferta złożona przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu i spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Wykonawca zaoferował metodę zagospodarowania odpadów, którą Zamawiający dopuścił w SWZ wraz z innymi metodami, które określa ustawa o odpadach.

Zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę - albowiem jeżeli zostałaby skalkulowana zgodnie z punktem I.14 Załącznika 6 do SWZ – zgodnie z którym „Zamawiający wymaga, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w stosownych przepisach – w szczególności w ustawie o odpadach.....” – oraz uwzględniała art. 17 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami; art. 18 ustawy o odpadach – tzw. Przesłanki stosowania hierarchii postępowania z odpadami; art. 20 ustawy o odpadach – tzw. Zasadę bliskości; art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej dostępnej techniki; art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska – tzw. Zasadę najlepszej technologii; art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – tzn. Zasadę hierarchii postępowania z odpadami; § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami

powstałymi w wyniku tego procesu – tzw. zasadę hierarchii postępowania z odpadami – to cena oferty winna być znacznie wyższa niż zaoferowana kwota 5.452.920,00 zł w sytuacji gdyby wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. skalkulował ofertę uwzględniającą recykling odpadów, a nie najniżej przedstawiony sposób zagospodarowania odpadów w hierarchii postępowania z nimi – tj. ich unieszkodliwianie.

Izba uznała za niezasadny powyższy zarzut - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż zawiera ona rażąco niską cenę.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że oferta Przystępującego obejmuje dopuszczony przez Zamawiającego w SWZ sposób zagospodarowania odpadów - unieszkodliwianie odpadów. Zamawiający nie ustanowił przy tym kryteriów dotyczących oferowanych sposobów zagospodarowania odpadami stanowiących przedmiot zamówienia, który miałby wpływ na sposób oceny ofert.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny sformułowany przez Odwołującego w oparciu o fakt wyboru przez Zamawiającego oferty ofertującej inny sposób postępowania z odpadami, czyli unieszkodliwianie, nie zaś recykling (jaki proponuje Odwołujący w swojej ofercie). Odwołujący zarzucał, że za cenę oferty Przystępującego nie można zrealizować zagospodarowania odpadów w drodze recyklingu. Odwołujący nie odniósł się natomiast w jakimkolwiek zakresie do treści złożonych wyjaśnień i nie wykazał ani nie uprawdopodobnił nawet okoliczności, że cena ww. oferty w stosunku do jej treści i przedmiotu zamówienia jest nierealna. Zgodnie z SWZ, wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. mógł zaoferować w postępowaniu inny rodzaj zagospodarowania odpadów niż recykling i ten sposób, który wynika z treści jego oferty został w ofercie wyceniony. Odwołujący nie kwestionował tej wyceny w ramach podniesionego zarzutu.

Twierdzenie Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, ponieważ powinna być co najmniej w takiej wysokości jak cena oferty Odwołującego, nie znajduje oparcia w postanowieniach SWZ ani w materiale dowodowym sprawy. Podkreślić należy, że sam fakt, że dana cena jest niższa od ceny innej oferty, czy pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu nie świadczy o tym, że jest ceną zaniżoną, nierynkową, a co za tym idzie - ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. W tym kontekście cenę oferty należy zawsze oceniać na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Samo arytmetyczne porównania cen nie są wystarczającą podstawą do uznania, że cena jest rażąco niska. Cena oferty jest bowiem kształtowana przez szereg czynników indywidualnie dotyczących danego przedsiębiorcy. Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń dowodami, wobec czego należało uznać je za gołosłowne.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, Izba uznała, że ocena Zamawiającego w tym zakresie jest prawidłowa. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowiódł, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, uwzględniający charakter zaoferowanej usługi, zgodnie z treścią złożonej oferty. Cena oferty Przystępującego obejmuje sposób zagospodarowania odpadów - unieszkodliwianie i powinna być oceniana przez pryzmat treści tej oferty, skoro Zamawiający dopuścił w SWZ taki sposób zagospodarowania odpadów na równi m.in. z recyklingiem.

Podobnie, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż oferta PreZero Jantra sp. z o.o. została złożona z rażąco niską ceną, gdyż *„istnieje realna możliwość nałożenia kar przez Wojewódzki Inspektorat Ochronny Środowiska – za niespełnienie wymogów Recyklingu”*. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca PreZero Jantra sp. z o.o. zaoferował usługę, która generuje dla tego wykonawcy kary finansowe za *niespełnienie wymogów recyklingu*. Odwołujący nie wykazał podstawy do nałożenia danych kar finansowych na wykonawcę ani ich wysokości. Przykładowe artykuły dotyczące kar finansowych nakładanych przez WIOŚ na gminy za nieosiągnięte poziomy recyklingu za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odbieranych od mieszkańców nieruchomości z terenu danej gminy, objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami, nie dotyczą wykonawców ani rodzaju odpadów objętych przedmiotem tego zamówienia.

Wykonawca PreZero Jantra Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2024 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które stanowiły wiarygodne i rzetelne podstawy do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie jest uzasadnione.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzpw związku z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem wskazanie metody zagospodarowania odpadów na poziomie najmniej preferowanego działania – tj. unieszkodliwiania odpadów – w sytuacji, gdy Odwołujący wskazał metodę znacznie wyżej preferowaną – tj. recykling – narusza ustawowy obowiązek stosowania hierarchii postępowania z odpadami i przy wyborze tej oferty przez Zamawiającego – narusza istotnie interes Odwołującego, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Za niezasadny Izba uznała zarzut - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. o.o.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Przystępujący jednoznacznie zaprzeczył wszelkim twierdzeniom

Odwołującego o rzekomym złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podkreślając, że wycena jego oferty została dokonana prawidłowo w oparciu o warunki zamówienia ustanowione przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone w oparciu o zebrany materiał dowodowy.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że złożenie oferty przez Przystępującego obejmującej unieszkodliwianie odpadów jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, skoro sam Zamawiający umożliwił złożenie oferty na wskazane w SWZ procesy zagospodarowywania odpadów wynikające z ustawy, w tym także na unieszkodliwienie odpadów. Zamawiający w SWZ nie określił jakichkolwiek preferencji (wyższej oceny) w ramach prowadzonego postępowania dla którejkolwiek z metod zagospodarowania odpadów. W świetle SWZ, każdy wykonawca mógł zaoferować inną metodę zagospodarowania odpadów, zatem fakt, że dany wykonawca oferuje określoną metodę zagospodarowania odpadów, do stosowania której jest uprawniony na podstawie stosownych decyzji administracyjnych, nie może być poczytywany za działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

Izba zważyła jednocześnie, że Odwołujący nie wskazał normy prawnej lub klauzuli dobrych obyczajów, które miałyby być naruszone poprzez złożenie oferty przez Przystępującego. Odwołujący nie wykazał okoliczności, które prowadziłyby do uznania, że poprzez złożenie oferty przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. doszło do działań wypełniających znamiona art. 3 ust. 1 uznk, w tym, że złożenie oferty w świetle SWZ przez zaoferowanie usługi unieszkodliwiania odpadów, jako metody zagospodarowania odpadów, jest niezgodne z prawem oraz miało wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta w ten sposób, że interes tych podmiotów (w tym np. Odwołującego) został zagrożony lub naruszony. Odwołujący przywołał przepisy art. 3 ust. 1 i ust. 2 uznk oraz definicję dobrych obyczajów wynikającą z orzecznictwa, ale nie wykazał żadnych okoliczności wskazujących, że Przystępujący w jakikolwiek sposób ustalił cenę oferty na poziomie, który świadczy o jej oderwaniu od realiów rynkowych i dokonał tego wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację, tj. wykorzystania bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców, na co ogólnie wskazywał Odwołujący w ramach tego zarzutu.

Poza przytoczeniem treści przepisów i orzecznictwa Odwołujący w niniejszej sprawie nie wykazał, a nawet nie uzasadnił przesłanek do uznania, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty naruszenia:

- art. 20 ust. 2 Ustawy o odpadach, przez jego błędną wykładnię polegającą na bezzasadnym przyjęciu, że zasada bliskości wyrażona tym przepisem sprowadza się do tego, że odpady muszą być przetwarzane w instalacji położonej najbliżej miejsca ich powstania, podczas gdy zasada bliskości nakazuje uwzględnienie również hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, a nie wyłącznie odległości instalacji od miejsca powstania odpadów;
- § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 stycznia 2016 r. poz. 108 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu, przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż zgodnie z ww. przepisem – odpady powstałe w wyniku procesu poddaje się odzyskowi /czyli metodzie wskazanej przez Odwołującego/, a w przypadku braku takiej możliwości – unieszkodliwia się /czyli postępuje się w ostateczności w sposób wskazany przez podmiot, którego oferta została wybrana/.
- art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE – w sprawie odpadów, przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty PreZero Jantra sp. z o.o. z uwagi na to, iż naruszona została zasada hierarchii postępowania z odpadami – tj. wybrana została oferta /unieszkodliwianie/, która w hierarchii plasuje się najniżej, a oferta odwołującego /recykling/ znajduje się znacznie wyżej.

Zarzuty naruszenia ww. przepisów nie podlegały rozpoznaniu. Izba zważyła w powyższym zakresie, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom wobec czynności Zamawiającego podjętych (lub zaniechanych) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które są niezgodne z przepisami ustawy Pzp i przepisami aktów wykonawczych do tej ustawy (tak, art. 513 ustawy Pzp.). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega kontroli w ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 513 Pzp nie jest właściwa do dokonywania oceny ewentualnego naruszenia przepisów innych ustaw niż ustawa Pzp. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że przywołane w ramach tego zarzutu przepisy w żadnym razie nie stanowią samodzielnie podstawy do odrzucenia oferty.

W konsekwencji, należało uznać, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu.

Izba wskazuje, że jednym kryterium oceny ofert określonym w przedmiotowym postępowaniu jest cena – z wagą 100% (rozdział XXIII, pkt 7,8,9 SWZ) Zgodnie z powyższym kryterium, Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, tj. ofertę z najniższą ceną. Wybór ten nie narusza art. 239 Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1) oraz najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

Zamawiający, dokonał oceny oferty wykonawcy PreZero Jantra Sp. z o.o. zgodnie z kryterium określonym w SWZ.

Oferty wykonawców biorących udział w postępowaniu były oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SWZ, a wybór został dokonany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowi wyraz respektowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PreZero Jantra sp. z o.o., która nie podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt. 1 Pzp, tj. zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – poprzez dokonanie wyboru oferty PreZero Jantra sp. z o.o. wbrew ustawowej hierarchii postępowania z odpadami mimo, iż Odwołujący zaoferował znacznie wyższy w hierarchii sposób zagospodarowania odpadów – tj. recykling.

Odwołujący sformułował powyższy zarzut naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości, zasady proporcjonalności, uzasadniając ten zarzut okolicznością, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego, a nie oferty Odwołującego, który zaoferował wyższy w hierarchii postępowania z odpadami sposób zagospodarowania odpadów, tj. recykling.

Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówienia publicznego, zważywszy, że zgodnie z dokumentami zamówienia, Zamawiający umożliwił wykonawcom złożenie ofert na przetwarzanie odpadów w tym: odzysk, recykling, unieszkodliwianie - na równorzędnych zasadach, czyli umożliwił wykonawcom złożenie oferty na jeden z wybranych ww. procesów zagospodarowania odpadów, które dopuszczają przepisy ustawy o odpadach.

Izba wskazuje przy tym, że nie były przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie zarzuty odnoszące się do postanowień SWZ w powyżej przytoczonym zakresie. Termin na wniesienie odwołania co do zgodności z ustawą Pzp tych postanowień upłynął z 10-tym dniem od dnia publikacji przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w tym SWZ. Wobec upływu tego terminu postanowienia SWZ są wiążące w postępowaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę PreZero Jantra sp. z o.o. w ramach wyjaśnień ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący sformułował niniejszy zarzut w sposób ogólny, nie popierając go jakąkolwiek analizą wyjaśnień i (zastrzeżenia) i załączonych na tę okoliczność dowodów. Zauważyć należy, że Odwołujący otrzymał od Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego wraz z dowodami, co prawda w części jawnej, ale nawet w tym zakresie Odwołujący nie referował do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ani do załączonych przez Przystępującego dowodów. Odwołujący nie podjął żadnej polemiki z tymi dokumentami.

Na podstawie treści zarzutu i jego uzasadnienia nie sposób zatem ustalić, jakich konkretnych braków czy nieprawidłowości dopatrył się Odwołujący w tym zastrzeżeniu. Stwierdzenie, że „W ocenie Odwołującego, odtajnieniu powinny podlegać wyjaśnienia i informacje, co do których PreZero Jantra sp. z o.o. nie dopełnił podstawowych obowiązków związanych z koniecznością prawidłowego wykazania zasadności zastrzeżenia, poprzez wykazanie spełniania wszystkich przesłanek dopuszczalności uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.” w nie stanowi wystarczającego uzasadnienia tego zarzutu, gdyż jest to jedynie subiektywna ogólnikowa ocena wykonawcy nie poparta ani rzeczową argumentacją odnoszącą się do treści złożonych dokumentów, ani jakimikolwiek dowodami.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten definiuje rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, które to postępowanie ma charakter kontradiktoryjny. W świetle zasady kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, Odwołujący nie wykazał zasadności postawionego zarzutu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....