

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.T., Maczki – Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu, RAFHEN J. Tw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie

**orzeka:**

względnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 i nakazuje zamawiającemu Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy Grupa DAWEX sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Zatorze i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.K. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe TRANS-KOP, PRO-CAST Sp. z o.o. z siedzibą w Płazie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.T., Maczki – Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu, RAFHEN J. Tw części 2/3 i zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie w części 1/3 i:

liczy w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.T., Maczki – Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu, RAFHEN J. Tw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od zamawiającego Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.T., Maczki – Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu, RAFHEN J.T. kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Sygn. akt:KIO 2124/24

**UZASADNIENIE**

Południowy Koncern Węglowy S.A. z siedzibą w Jaworznie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa wykonania robót w zakresie czyszczenia wraz z usunięciem i zagospodarowaniem materiału z osadnika Biały Brzeg dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Sobieski” (znak postępowania: PZP/TWD/09346/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/S 12-00032988.

W dniu 17 czerwca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J.T., Maczki – Bór S.A. z siedzibą w Sosnowcu, MB EKO S.A. z siedzibą w Sosnowcu, RAFHEN J.T. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechał:

- 1) dokonania wyboru oferty wykonawcy Grupa DAWEX sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Zatorze (dalej: „Wykonawca wybrany”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, pomimo, iż Wykonawca wybrany nie posiada uprawnień do prowadzenia określonej działalności, tj. nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaganej przepisami prawa;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.K. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe TRANS-KOP, PRO-CAST Sp. z o.o. z siedzibą w Płazie (dalej: „Konsorcjum”)

pomimo, iż nie posiada uprawnień do prowadzenia określonej działalności, tj. nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaganej przepisami prawa;

4) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego i Konsorcjum, pomimo, iż nie mają zdolności realizacyjnej przedmiotu zamówienia;

5) zaniechania wezwania Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w postępowaniu;

6) dokonania oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty bez dokonania oceny, czy oferta Wykonawcy wybranego, a także Konsorcjum, nie zawiera rażąco niskiej ceny;

7) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny całkowitej, a także ceny jednostkowej wskazanej w załączniku nr 1a do Formularza Oferty/do SWZ, stanowiącej podstawę do ustalenia ceny oferty, mimo że zaoferowali oni cenę całkowitą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo że cena całkowita obu ofert jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp;

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej za 1m<sup>3</sup> w zakresie czyszczenia wraz z usunięciem i zagospodarowaniem materiału z osadnika Biały Brzeg, tj. ceny, która po przemnożeniu przez zakładany przez Zamawiającego wolumen oraz po doliczeniu należnego podatku VAT, dawała cenę całkowitą realizacji zadania, pomimo że zaoferowane przez ww. wykonawców istotne ceny jednostkowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

3) art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, gdyż nie uwzględniają okoliczności, iż czynności objęte przedmiotem zamówienia w postaci zbierania odpadów i prowadzenia przetwarzania odpadów wymagają uzyskania zezwolenia, której to decyzji nie ma ani Wykonawca wybrany, ani Konsorcjum;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż nie uwzględniają okoliczności, iż czynności objęte przedmiotem zamówienia w postaci zbierania odpadów i prowadzenia przetwarzania odpadów wymagają uzyskania zezwolenia, której to decyzji nie ma ani Wykonawca wybrany, ani Konsorcjum, a zatem są niezgodne z pkt 7 załącznika nr 5 do SWZ, § 2 pkt 2, 5, 9 załącznika nr 6 do SWZ oraz pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ;

5) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż ww. wykonawcy nie mają zdolności realizacyjnej zamówienia, a zatem ich oferty są niezgodne z pkt. C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ;

6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego;

3. odrzucenie oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum;

4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem odrzuconej oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum;

5. wezwania wykonawcy Wybranego oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień: w zakresie ceny całkowitej oferty, w tym ceny jednostkowej za 1m<sup>3</sup> w zakresie czyszczenia wraz z usunięciem i zagospodarowaniem materiału z osadnika Biały Brzeg, tj. ceny, która po przemnożeniu przez zakładany przez Zamawiającego wolumen oraz po doliczeniu należnego podatku VAT, dawała cenę całkowitą realizacji zadania, a w ramach wezwania zobowiązanie ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących m.in. wyliczenia ceny w zakresie dotyczącym zagospodarowania odpadów w miejscu, w jakim będą zagospodarowane, transportu do miejsca zagospodarowania z uwzględnieniem planowanej trasy transportu osadów z osadnika, wydobycia odpadów z osadnika, wykonania dróg technologicznych, zatrudnienia osób realizujących zadanie.

6. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert;

a także:

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed KIO,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści niniejszego odwołania jak również dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Istnienie interesu w uzyskaniu Zamówienia po stronie Odwołującego wynika z faktu, iż złożył on ofertę w przedmiotowym Postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego, która z kolei podlega odrzuceniu (podobnie jak oferta Konsorcjum). Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego. W wyniku zaszyfrowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę. Szkada, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć Odwołujący z realizacji przedmiotowej części zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 6 czerwca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 17 czerwca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

#### Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający w udostępnionych dokumentach postępowania w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego odstąpił od procedury badania rażąco niskiej ceny. Uzasadnienie powyższego powinno znaleźć się choćby w protokole postępowania. Zatem uznać należy, iż Zamawiający podjął taką decyzję bez jakiegokolwiek podstawy. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż w sprawie nie zachodziły okoliczności oczywiste, które zwalniałyby Zamawiającego z zastosowania wszczęcia procedury wyjaśnień, czy ceny ofert nie są rażąco niskie. Okolicznością tą nie może być uzasadnienie, iż dwie spośród pięciu ofert odbiegają od trzech pozostałych. Nawet procentowo stosunek cen wysokich do cen niższych kształtuje się 40% do 60%.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na, że ani Wykonawca wybrany ani Konsorcjum nie posiadają decyzji zezwalającej na zagospodarowanie odpadów, a zatem po pierwsze nie posiadają uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem Zadania, a po drugie nie wiadomo gdzie, jakimi drogami i na jaką odległość odpad będzie transportowany, a zatem bez tych parametrów nie jest możliwym ocena czy realna jest cena jaką podmioty te zaoferowały do wykonania usługi. Oczywiście jest, że inaczej będzie kształtować się cena jednostkowa, jeżeli transport będzie odbywał się na odległość 10 km, a inna jeżeli będzie to 50 czy 100 km do miejsca zagospodarowania. Składnik ten powinien zostać ujęty w cenie jednostkowej, tymczasem zarówno Wykonawca wybrany, jak i podmiot, na zasobach którego Wykonawca wybrany polega, ani też Konsorcjum, nie posiadają decyzji w zakresie przetwarzania i/lub zbierania odpadów czego wymaga Zamawiający na etapie realizacji umowy, o czym stanowi § 2 pkt 5 i 9 wzoru umowy. Powyższe wynika z tego, iż fakt posiadania takiej decyzji nie został uwidoczniony w BDO dla żadnego z podmiotów, a sam Odwołujący po przeprowadzeniu własnego rozeznania i wywiadu, stwierdza iż obie te firmy nie posiadają decyzji na zagospodarowanie odpadów, zatem Zamawiający nie może wiedzieć gdzie podmioty te będą transportować osady (miejsce zagospodarowania odpadów wynika z decyzji), nie jest wiadomym czy skalkulowały w cenie koszty transportu do miejsca zagospodarowania oraz jak je wyliczyły.

W tym zakresie na szczególną uwagę w ocenie Odwołującego zasługuje fakt, iż w kontekście oferty złożonej przez Konsorcjum, zgodnie z podziałem zadań w ramach konsorcjum PRO-CAST sp. z o.o., ma zająć się zagospodarowaniem odpadów z osadnika. Podmiot ten, jak wskazano powyżej nie posiada decyzji na zbieranie i przetwarzanie odpadów. Konsorcjum w treści oferty nie wskazało, iż będzie polegało na zdolnościach podmiotu trzeciego. Wskazało natomiast iż powierzy podwykonawcom wykonanie części przedmiotu zamówienia, bez wskazania firm podwykonawców, zaznaczając w ofercie iż JEDZ, iż firmy podwykonawców na ten moment nie są Konsorcjum

znane. Z powyższego wysuwa się prosty wniosek, iż Konsorcjum skoro samo nie posiada decyzji na zbieranie i przetwarzanie odpadów, a zatem samodzielnie nie posiada miejsca, w którym – zgodnie z treścią decyzji -może utylizować odpady, nie wskazało podwykonawcy, u którego będzie je utylizować, bo – na moment złożenia oferty, wprost oświadczyło, że firmy podwykonawców nie są znane, to z tego wysuwa się prosty wniosek, iż Konsorcjum nie wie gdzie będzie przetwarzać odpady, a co za tym idzie można przyjąć, iż nie skalkulowało w cenie oferty kosztów związanych z transportem odpadów do miejsca utylizacji oraz kosztów samego przetworzenia tych odpadów, bo nie zna warunków na jakich dany podmiot je przyjmie w celu przetworzenia, a co najmniej nie jest w stanie wykazać, że prawidłowo wyliczyła cenę jednostkową, gdyż sam wykonawca przyznał w ofercie, że nie znał tych danych.

Dalej Odwołujący wskazał, że analogicznie sytuacja przedstawia się względem Wykonawcy wybranego, który także samodzielnie nie posiada decyzji na zagospodarowanie odpadów, nie posiada jej także podmiot, na którego zdolnościach Wykonawca wybrany polega. Wykonawca wybrany także w treści oferty wskazał, iż nie są mu znane firmy podwykonawców jakim zamierza zlecić wykonanie zamówienia, co daje jasny przekaz, iż w cenie nie zostały ujęte parametry związane z transportem (nie wiadomo gdzie i na jaką odległość odpady będą wywożone) i przetwarzaniem odpadów, a co najmniej nie zostały one oparte na żadnych dowodach, skoro z treści oświadczeń obu podmiotów wprost wywnioskować można, iż nie wiedzą gdzie będą wywozić odpady, a tym samym za jaką cenę odpady będą przyjmowane oraz ile realnie będzie kosztował transport do miejsca ich przetworzenia. Rezygnując z badania rażąco niskiej ceny Zamawiający nie tylko nie ma wiedzy jak podmioty te kalkulowały cenę transportu odpadów, ale czy w ogóle ich oferty były zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż na podstawie wyjaśnień byłby w stanie stwierdzić, czy w miejscu zagospodarowania wskazanym jako punkt odbioru odpadów z osadnika Biały Brzeg jest w ogóle możliwość przyjęcia 255 000,00 m<sup>3</sup> rodzaju odpadów jaki zostanie wydobyty z osadnika.

W dalszej kolejności Odwołujący zaznacza, iż kolejnym istotnym aspektem mającym wpływ na ustalenie ceny jednostkowej jest sam sposób transportu odpadów. Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ Zamawiający dopuścił dwie formy transportu: samochodowy i kolejowy. Zarówno Wykonawca wybrany, jak również Konsorcjum w formularzu cenowym, wskazały, iż transport będzie odbywał się samochodami. Powyższe ma przełożenie na cenę, gdyż w oparciu o to oświadczenie wykonawcy kalkulowali (a przynajmniej powinni kalkulować cenę ofertową). Transport samochodowy z osadnika może odbywać się tylko dwoma sposobami, tj. z osadnika można wyjechać albo drogami publicznymi, tj. ul. Biały Brzeg i dalej ul. Zwycięstwa, albo mostem przez rzekę Przemszę. Obie – opcjonalne - drogi transportu samochodowego - obrazuje załączona mapa. Nie ma innych możliwości wyjazdu z osadnika i przetransportowania odpadów z osadnika transportem samochodowym (czyli zadeklarowanym przez Wykonawcę wybranego, jak i Konsorcjum. Powyższe powinno zainteresować Zamawiającego w kontekście wyliczenia ceny jednostkowej za m<sup>3</sup> i jej realności, a to z tego powodu, iż składnik ten jest istotną częścią składową i stanowi o możliwości realizacyjnej zadania w ogólności. Powyższe nie jest sytuacją zaskakującą, gdyż także przy poprzednich postępowaniach zarządca drogi nie wyraził zgody na transport osadów z osadnika drogami publicznymi ul. Biały Brzeg i ul. Zwycięstwa. Wówczas wobec protestów mieszkańców, władze także odmówiły wykonania transportu drogami publicznymi ul. Biały Brzeg i ul. Zwycięstwa. Drugą możliwością transportu jest przedostanie się na drugą stronę rzeki Przemszy, przy czym powyższe wymaga wykonania stałego mostu przez rzekę Przemszę, a procedura pozyskania pozwoleń i decyzji trwa ok. dwóch lat (zatem czas załatwiania formalności, przekracza możliwości czasowe wykonania przedmiotu zamówienia, zatem realnie inne podmioty nie mają możliwości wykonania mostu w okresie realizacji umowy), co Odwołujący wie z własnego doświadczenia, gdyż przy okazji poprzednich postępowań podjął starania i wykonał most przez rzekę Przemszę. Most ten jest aktualnie własnością Odwołującego, który oświadcza wprost, iż nie wyrazi innym podmiotom zgody na transport tą drogą (a także podkreśla, w kontekście zasadności wezwania o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, że żaden z podmiotów konkurencyjnych nie zwrócił się do niego z wnioskiem o ofertę na udostępnienie mostu na czas realizacji inwestycji).

W kontekście zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp w związku z brakiem posiadania przez Wykonawcę wybranego oraz Konsorcjum decyzji na zbieranie i przetwarzanie odpadów, Odwołujący powołując się na art. 41 ust. 1-2 ustawy o odpadach, wyjaśniał, że uzyskanie zezwolenia organu właściwego ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów wydawanego w formie decyzji warunkuje legalność prowadzenia zbierania odpadów i prowadzenia przetwarzania odpadów. Brak posiadania przez Wykonawcę wybranego oraz Konsorcjum decyzji umożliwiającej realizację przedmiotu zamówienia powoduje, iż oferty tych wykonawców winny zostać ocenione jako nieważne, gdyż podmioty te nie mogą – bez posiadania właściwej decyzji – realizować, legalnie przedmiotu zamówienia, a w związku z tym powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 4) ustawy Pzp. Dalej Odwołujący podniósł, iż oferty Wykonawcy wybranego i Konsorcjum są niezgodne z warunkami zamówienia zawartymi w pkt 7 załącznika nr 5 do SWZ, § 2 pkt. 2,5 i 9 załącznika nr 6 do SWZ oraz pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ Zdaniem Odwołującego, brak posiadania stosownych uprawnień, których posiadaniem ma legitymować się wykonawca

składający ofertę, powoduje, iż jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferent winien dysponować samodzielnie stosownymi decyzjami (przynajmniej jako jeden z członków konsorcjum), a nie przez inne podmioty, np. podwykonawców, co wynika wprost z treści cytowanych zapisów załączników do SWZ. Zamawiający nie jest uprawniony do zawarcia umowy z podmiotem, który nie posiada stosownej decyzji i nie zmienia tej okoliczności fakt, że decyzje mają być weryfikowane dopiero przy zawarciu umowy. W ocenie Odwołującego, nawet w sytuacji, w której Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawcy składali dokumenty na potwierdzenie posiadania uprawnień do realizacji zamówienia, Zamawiający powinien wyjaśnić te kwestie w sytuacji, gdy jest wątpliwe, czy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia je posiada, a w niniejszej sprawie, zgodnie z informacjami wynikającymi zarówno z BDO, oraz potwierdzeniami od innych podmiotów, wynika iż Wykonawca wybrany, jak i Konsorcjum nie posiadają uprawnień do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający winien więc już na etapie badania i oceny ofert to zweryfikować, zwłaszcza, że powziął informację w tym zakresie.

Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż ww. wykonawcy nie mają zdolności realizacyjnej zamówienia, a zatem ich oferty są niezgodne z pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ. Brak możliwości realizacyjnych przedmiotu zamówienia zdaniem Odwołującego wynika z opisywanych już możliwości transportu samochodowego z osadnika, który może odbywać się tylko dwoma sposobami. Jak to wskazywał już powyżej Odwołujący, Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie wydał informację, zgodnie z którą MZDIM w Jaworznie nie wyraża zgody na transport materiału z osadnika Biały Brzeg drogami publicznymi ulicami miasta, w tym ul. Biały Brzeg i ul. Zwycięstwa. Drugą z możliwości, tj. transportem osadów przez most na rzece Przemszy, także nie jest możliwy. Most ten jest własnością Odwołującego, który oświadcza wprost, iż nie wyrazi innym podmiotom zgody na transport tą drogą. Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznacza, iż procedura uzyskania zezwolenia na posadowienie mostu zajęła mu ok. dwóch lat, a zatem czas załatwiania formalności, przekracza możliwości czasowe wykonania przedmiotu zamówienia. Według wiedzy Odwołującego, nie jest możliwym wykonanie transportu samochodowego osadu inną drogą. Stąd Wykonawca wybrany oraz Konsorcjum nie mają możliwości realizacyjnych przedmiotu zamówienia, wbrew zapewnieniom złożonym w pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 28 czerwca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

#### **Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Odwołującego zgłosiło Konsorcjum P.K. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe TRANS-KOP, PRO-CAST Sp. z o.o. w Płazie. Izba ustaliła nadto, że zgłoszenia przystąpienia zostało załączone pełnomocnictwo dla lidera Konsorcjum, tj. dla P.K. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe TRANS-KOP, z którego wynika, iż został on umocowany do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum. Niemniej jednak z pełnomocnictwa nie wynikało, aby lider Konsorcjum został również umocowany do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Należy wskazać, że pełnomocnictwo do zgłoszenia przystąpienia do odwołania, tak jak pełnomocnictwo do złożenia odwołania, powinno określać wprost, że pełnomocnik może zgłosić przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego przed Prezesem Izby. Brak umocowania do zgłoszenia przystąpienia należy zatem utożsamiać z nieskutecznością jego złożenia. Konsorcjum nie stawilo się na posiedzeniu z udziałem stron, będąc prawidłowo powiadomionym o tym terminie, a zarazem nie uzupełniło pełnomocnictwa w tym zakresie. Stąd też Izba stwierdziła, że Konsorcjum nie przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączone do odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2, natomiast podlegało oddaleniu w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów nr 3-6.

#### Zarzuty nr 1 i nr 2

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący zarzucił naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wezwania Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny całkowitej, a także ceny jednostkowej wskazanej w załączniku nr 1a do Formularza Oferty/do SWZ, stanowiącej podstawę do ustalenia ceny oferty, mimo że zaoferowali oni cenę całkowitą rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pomimo że cena całkowita obu ofert jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp, natomiast w zakresie zarzutu nr 2 naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej za 1m<sup>3</sup> w zakresie czyszczenia wraz z usunięciem i zagospodarowaniem materiału z osadnika Biały Brzeg, tj. ceny, która po przemnożeniu przez zakładany przez Zamawiającego wolumen oraz po doliczeniu należnego podatku VAT, dawała cenę całkowitą realizacji zadania, pomimo że zaoferowane przez ww. wykonawców istotne ceny jednostkowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym bezspornym było, iż w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożenia ofert wpłynęło 5 ofert wykonawców:

- a) Wykonawcy wybranego - cena oferty w kwocie 32 139 180,00 zł;
- b) Konsorcjum - cena oferty w kwocie 34 397 460,00 zł;
- c) Odwołującego, cena oferty w kwocie 37 418 598,00 zł;
- d) Banaś Daniel DAN-REM, cena oferty w kwocie 187 272 000,00 zł;
- e) EKO-SERWIS sp. z o.o., cena oferty w kwocie 161 935 200,00 zł.

Izba ustaliła także, że Zamawiający na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 37 837 260,00 zł.

Izba ustaliła również, że Zamawiający nie kierował do żadnego z wykonawców wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Ponadto, w dniu 6 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. o wyborze oferty Wykonawcy wybranego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Natomiast, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp).

Uwzględniając zatem przepis art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, Izba uznała, że spełniona została przesłanka do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie prawidłowości zaoferowanych przez Wykonawcę wybranego oraz Konsorcjum cen ofert, gdyż, co było bezsporne, ceny całkowite tych ofert były niższe ponad 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) i 10) ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutu nr 1, Izba podkreśla, że możliwość odstąpienia od wezwania do wyjaśnień w przypadku wystąpienia wskazanej powyżej różnicy między ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, ma charakter wyjątkowy, na co wprost wskazuje art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, który jako zasadę określa obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1”), a jedynie wyjątkowo dopuszcza możliwość zaniechania takiego wezwania („chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”). W związku z tym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Z powyższego wynika więc, że zamawiający może z tej możliwości skorzystać, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaoferowaną ceną a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny. Obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. na zamawiającym (por. wyrok Izby z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21). Mając na uwadze brzmienie przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp zasadnym jest zatem przyjęcie, że różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można jednak odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista) (tak: Izba w wyroku z dnia 28 kwietnia

2022 r., sygn. akt KIO 983/22).

Mając powyższe na względzie, w ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaszyły okoliczności oczywiste pozwalające Zamawiającemu na odstąpienie od procedury badania ofert wykonawców pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. O takiej sytuacji można byłoby potencjalnie mówić, gdyby cena oferty tylko jednego wykonawcy została określona w znacznie wyższej kwocie aniżeli pozostałych wykonawców oraz wartość zamówienia powiększona o VAT. Przy czym należy mieć na uwadze, że nie można stosować automatyzmu, tj. nie w każdym przypadku zamawiający jest automatycznie zwolniony z obowiązku badania rażąco niskiej ceny. Każdy przypadek musi być analizowany indywidualnie, tak by można było stwierdzić, że w danym postępowaniu rozbieżność między ceną danej oferty a wartością zamówienia powiększoną o VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, rzeczywiście wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Izba stwierdziła zatem, że Zamawiający nie wykazał, iż w prowadzonym postępowaniu zaszyły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Za taką okoliczność nie może bowiem zostać uznane stanowisko Zamawiającego, sprowadzające się jedynie do konstatacji, że ceny dwóch ofert zostały zawyżone. W przedmiotowej sprawie aż dwie z pięciu ofert prezentowały wyższy pułap cenowy, nie można więc zdecydowanie stwierdzić, iż to ceny tych dwóch wykonawców były zawyżone, gdyż przy tych proporcjach cen ofertowych wyższych do cen ofertowych niższych trudno mówić o ewidentnych odstępstwach od cen rynkowych. Nie można zarazem jednoznacznie wskazać, dlaczego ci dwaj wykonawcy, zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia w wyższych cenach aniżeli pozostali wykonawcy. Stąd też zarzut nr 1 Izba uznała za zasadny.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby Odwołujący również w przekonujący sposób wykazał, że okoliczności towarzyszące prowadzonemu postępowaniu powinny skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości w zakresie wyliczenia cen ofertowych przez Wybranego wykonawcę oraz Konsorcjum i skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowej za 1m<sup>3</sup> w zakresie czyszczenia wraz z usunięciem i zagospodarowaniem materiału z osadnika Biały Brzeg, która to cena jest podstawowym parametrem, w oparciu o który następuje zapłata wynagrodzenia, więc nie można odebrać mu przymiotu istotności. Wyjaśnieniu podlegać powinna zwłaszcza kwestia kosztu transportu odpadów, w zakresie której swoje wątpliwości względem ofert konkurentów przedstawił Odwołujący. Odwołujący w sposób przekonujący przedstawił powody, dla których Zamawiający powinien powziąć wątpliwości w tym zakresie. Mając na uwadze dopuszczalne środki transportu oraz potencjalne możliwości doboru trasy dla transportu samochodowego, słusznym wydaje się skierowanie wezwania do wykonawców, oferujących cenę niższą aniżeli dotychczas realizujący zamówienie wykonawca, tj. Odwołujący, który posiada już własny most i poniósł z tego tytułu koszty w przeszłości. Stąd też zarzut nr 2 w ocenie Izby także podlegał uwzględnieniu.

W rezultacie Zamawiający winien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaoferowane przez Wykonawcę wybranego oraz przez Konsorcjum ceny ofertowe nie są cenami rażąco niskimi.

Tym samym zarzuty nr 1 i nr 2 zasługiwały na uwzględnienie w ocenie Izby.

#### Zarzuty nr 3 i nr 4

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, gdyż nie uwzględniają okoliczności, iż czynności objęte przedmiotem zamówienia w postaci zbierania odpadów i prowadzenia przetwarzania odpadów wymagają uzyskania zezwolenia, której to decyzji nie ma ani Wykonawca wybrany, ani Konsorcjum, natomiast w zakresie zarzutu nr 4 naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty złożone przez tych wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż nie uwzględniają okoliczności, iż czynności objęte przedmiotem zamówienia w postaci zbierania odpadów i prowadzenia przetwarzania odpadów wymagają uzyskania zezwolenia, której to decyzji nie ma ani Wykonawca wybrany, ani Konsorcjum, a zatem są niezgodne z pkt 7 załącznika nr 5 do SWZ, § 2 pkt 2, 5, 9 załącznika nr 6 do SWZ oraz pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutów nr 3 i nr 4, Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego co do tego, iż z SWZ nie wynika, aby wykonawcy zobowiązani byli przedstawiać stosowne zezwolenia w przedmiocie zbierania i przetwarzania odpadów,

bowiem takowe zamawiający wymagał dopiero przed przystąpieniem do realizacji zamówienia, co wprost wynika ze wzoru umowy zlecenia (załącznik nr 6 do SWZ) i Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ).

Jednakże powyższe nie stoi w sprzeczności z tym, że jak wskazywał Odwołujący w treści odwołania, nawet w sytuacji, w której Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawcy składali dokumenty na potwierdzenie posiadania uprawnień do realizacji zamówienia, Zamawiający powinien wyjaśnić te kwestię w sytuacji, gdy jest wątpliwe, czy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia je posiada, stąd Zamawiający winien więc już na etapie badania i oceny ofert to zweryfikować, zwłaszcza, że powziął informację w tym zakresie. Nie jest bowiem uprawnione zawarcie umowy z Wykonawcą, który nie posiada uprawnień do realizacji zamówienia. Izba zatem popiera orzecznictwo przywołane przez Odwołującego.

Niemniej jednak koniecznym w tym aspekcie jest podkreślenie, iż jak sam Odwołujący wskazał, Zamawiający powinien wyjaśnić te kwestię właśnie w sytuacji, gdy jest wątpliwe, czy podmiot posiada takie uprawnienia. Istotnym jest zatem zauważenie, iż aby doszło do odrzucenia oferty koniecznym jest uprzednie wyjaśnienie ewentualnej podstawy odrzucenia. W przypadku przedmiotowego postępowania taka procedura nie miała miejsca, a Odwołujący nie podnosił zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w kwestionowanym zakresie. Stąd też wnoszenie o odrzucenie ofert Wybranego wykonawcy oraz Konsorcjum już na tym etapie, na podstawie wyłącznie twierdzeń Odwołującego, jest istotnie przedwczesne.

Zarazem, Izba wskazuje, że przed odrzuceniem oferty na tej podstawie zamawiający zobowiązany jest, w przypadku powzięcia wątpliwości, do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów czy oświadczeń. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – poza przypadkami określonymi w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, wyznaczającymi granice możliwej poprawy treści oferty – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Użycie w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp sformułowania „zamawiający może” nie powinno być traktowane jako jedynie uprawnienie zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. W każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem. Jednocześnie przepisy nie przewidują sankcji odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 5, 2023). W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest zbadać ofertę w oparciu o zawarte w niej informacje, co może, ale nie musi oznaczać negatywne konsekwencje dla wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1654/21).

Nie sposób zatem w ocenie Izby, w tak zaistniałym stanie faktycznym, przychylić się do stanowiska Odwołującego co do zarzutu zaniechania ofert Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp, co skutkuje nieuwzględnieniem zarzutów nr 3 i nr 4 odwołania.

#### Zarzut nr 5

W odniesieniu do zarzutu nr 5 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego oraz Konsorcjum, pomimo iż oferty są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż ww. wykonawcy nie mają zdolności realizacyjnej zamówienia, a zatem ich oferty są niezgodne z pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ. Brak możliwości realizacyjnych przedmiotu zamówienia zdaniem Odwołującego wynika z opisywanych możliwości transportu samochodowego z osadnika, który może odbywać się tylko dwoma sposobami. Jak to wskazywał już powyżej Odwołujący, Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie wydał informację, zgodnie z którą MZDIM w Jaworznie nie wyraża zgody na transport materiału z osadnika Biały Brzeg drogami publicznymi ulicami miasta, w tym ul. Biały Brzeg i ul. Zwycięstwa. Drugą z możliwości, tj. transport osadów przez most na rzece Przemszy, także nie jest możliwy. Most ten jest własnością Odwołującego, który oświadcza wprost, iż nie wyrazi innym podmiotom zgody na transport tą drogą. Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznacza, iż procedura uzyskania zezwolenia na posadowienie mostu zajęła mu ok. dwóch lat, a zatem czas załatwiania formalności, przekracza możliwości czasowe wykonania przedmiotu zamówienia. Według wiedzy Odwołującego, nie jest możliwym wykonanie transportu samochodowego osadu inną drogą. Stąd Wykonawca wybrany oraz Konsorcjum nie mają możliwości realizacyjnych przedmiotu zamówienia, wbrew zapewnieniom złożonym w pkt C.1.4. i C.1.5. Załącznika nr 1 do SWZ.

Izba nie uwzględniła tego zarzutu, gdyż był on oparty na własnych założeniach Odwołującego, nie mających poparcia w dowodach oraz dokumentacji postępowania. Owszem, za wykazaną należy uznać okoliczność, że MZDIM w Jaworznie nie wyraża zgody na transport materiału z osadnika Biały Brzeg drogami publicznymi ulicami miasta, niemniej jednak brak było w stanowisku Odwołującego jednoznacznego potwierdzenia, iż Wykonawca wybrany oraz Konsorcjum

nie byłoby w stanie zrealizować zamówienia w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zarazem Izba zgadza się z Zamawiającym, iż w zakresie wymagań SWZ nie zostały określone wymagania dotyczące zdolności realizacyjnych, na podstawie których Zamawiający miałby dokonać oceny ofert, a także nie został określony wymóg posiadania przez wykonawców wszystkich niezbędnych i aktualnych decyzji administracyjnych i uprawnień pozwalających na realizację przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert. Izba wskazuje przy tym, że odrzucenie może mieć miejsce, gdy niezgodność jest bezsprzeczna. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zaś na sporządzeniu i przedstawieniu oferty oraz innych dokumentów dookreślających i precyzujących zobowiązanie wykonawcy, składanych wraz z formularzem ofertowym lub na żądanie zamawiającego w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jeżeli SWZ nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących jej treści.

#### Zarzut nr 6

W ocenie Izby zarzut nr 6 w postaci naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - jest ofertą najkorzystniejszą, jako wynikowy wobec zarzutów nr 3-5 dotyczących zaniechania odrzucenia m. in. oferty Wykonawcy wybranego wykonawcy, z uwagi na nieuwzględnienie przez Izbę tychże zarzutów, również nie może podlegać uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....