

sygn. akt: **KIO 2557/23**

**WYROK**  
**z dnia 18 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **J. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4; 41-933 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Chorzów, ul. Rynek 1; 41-500 Chorzów**, przy udziale wykonawcy **BILPOL-K. spółka jawna, Dolnik 1, 42-286 Dolnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4; 41-933 Bytom i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4; 41-933 Bytom**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4; 41-933 Bytom** na rzecz zamawiającego **Miasto Chorzów, ul. Rynek 1; 41-500 Chorzów** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

sygn. akt: **KIO 2557/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Chorzów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Usługi utrzymania chorzowskich parków o łącznej powierzchni ok. 31,63 ha w terminie od 1.09.2023 r. do 31.08.2025 r.*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 27 czerwca 2023 r., pod nr 2023/S 121-382284.

Dnia 21 sierpnia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 sierpnia 2023 roku, wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., z siedzibą w Bytomiu (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu (w części V i VI), polegających na dokonaniu wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie odpadów:

a) art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V - mimo, że wykonawca nie uwzględnił w złożonej w ofercie w zakresie części V kosztów przekazania odpadów do legalnego składowiska, a zatem oferta została skalkulowana poniżej kosztów, które są ponoszone na wykonanie tego zakresu usługi,

b) art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V i VI – mimo że wykonawca w toku badania i oceny ofert przyznał, że wbrew wskazaniom OPZ nie zamierza realizować usługi w sposób zgodny z wymaganiami oraz przepisami prawa, tj. nie zamierzał oddawać odpadów na legalne składowisko i uiszczać z tego tytułu należności,

c) art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie

części V i VI – mimo że wykonawca dopuścił się błędu

w obliczeniu ceny, bowiem przyjął do obliczenia ceny za wykonanie zamówienia niewłaściwe dane, w konsekwencji czego cena ofertowa jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania (gdyby wykonawca w sposób prawidłowy uwzględnił w ofercie konieczność przekazywania odpadów do legalnego składowiska i ponoszenia z tego tytułu kosztów to cena oferty byłaby inna - wyższa),

d)art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 2 pkt 6 i ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V i VI – mimo że z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wprost wynika, że chociaż nie posiada on zezwolenia na przetwarzanie odpadów to zamierzał on samodzielnie wykorzystywać i przetwarzać zebrane w toku świadczenia usługi odpady (nie przekazując ich uprawnionym podmiotom),

e)art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V i VI, mimo że oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca za wszelką cenę zmierzał do wygrania postępowania i z uwagi na to zaoferował nierealne warunki wykonania zamówienia oraz wprowadził zamawiającego w błąd co do sposobu realizacji zamówienia, co godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji,

2.Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie kosztów pracy:

a)art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 3, 4 i 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V, mimo że wykonawca wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że zastosował stawkę godzinową pracy pracownika

w wysokości 21,60 zł, co jest stawką poniżej wynagrodzenia minimalnego określonego przepisami prawa,

b)art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części V, mimo że złożona oferta jest nieważna z świetle przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

3.Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie rażąco niskiej ceny:

a)art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części nr V, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską ceną, a wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, albowiem złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny są lakoniczne, ogólnikowe, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny oraz pominięcie przez wykonawcę istotnych elementów,

4.Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w związku

z podaniem nieprawdziwych informacji:

a)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w zakresie części nr V - mimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w ramach kryterium „kwalifikacje zawodowe osób realizujących zadanie określone w sposób przedstawiony w instrukcji dla wykonawców”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części V i VI oraz odrzucenie oferty wykonawcy BILPOL-K. sp. j. w tych częściach,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostały przywołane

w treści uzasadnienia, a które zostaną złożone przez odwołującego na rozprawie w ramach pisma procesowego,

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez zamawiającego, z uwagi na to, że odwołujący złożył ofertę w zakresie części nr V i VI - i w klasyfikacji jego oferta znajduje się na drugim miejscu. W konsekwencji w przypadku zakwestionowania oferty poprzedzającej odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy bowiem, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca BILPOL-K. sp. j., który w ramach stanowiska w sprawie złożył pismo procesowe (datowane na 12 września 2023 r.).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

1.Odpady.

Zamawiający w SWZ (dział XIII ust. 3) określił, że wykonawcy mają sporządzić ofertę na formularzu ofertowym oraz dołączyć do niej kosztorys sporządzony według przygotowanego przez zamawiającego wzoru (załącznik nr 10 do SWZ) na podstawie przedmiaru

(z uwzględnieniem wymogów w zakresie przedmiotu zamówienia).

Zamawiający wymagał, aby wykonawca cenę oferty obliczył poprzez sporządzenie kosztorysu. Sporządzony kosztorys miał uwzględniać wszystkie zawarte w przedmiarze roboty, a także wymogi zawarte w ogólnej charakterystyce przedmiotu zamówienia

i pozostałych dokumentach dla danej części. W opracowanym przez zamawiającego przedmiarze robót przy każdej z prac, na skutek której powstawały odpady zamawiający określił, że wytworzone odpady wykonawca jest zobowiązany wywieźć na legalne składowisko [przykładowy cytat: „Koszenie trawników (wys. trawy po skoszeniu do 4 cm), wraz z wygrabieniem, odwozem skoszonej trawy na legalne składowisko i opłata za składowanie - kalkulacja indywidualna” (1.1.1), „Koszenie i usunięcie suchych części roślin błotnych (tatarak, trzcina, pałka, wys. roślin po skoszeniu do 10 cm ponad lustro wody), wraz z odwozem skoszonych części na legalne składowisko, opłata za składowanie i dod. kosztami - k.ind.” (1.1.2)].

Odwołujący wskazał, że nie tylko w przedmiarach, ale również w harmonogramach realizacji prac i innych dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia zamawiający wielokrotnie zwracał uwagę na to, że wykonawca ma obowiązek usuwania nieczystości - z ich wywozem na legalne składowisko i opłatą za składowanie. Wskazać należy przy tym, że poza odpadami powstałymi po koszeniu czy grabieniu liści bądź oczyszczania stawu, wykonawca zobowiązany jest również na bieżąco (tj. codziennie) utrzymywać czystość i opróżniać kosze. Wykonawca również w tym zakresie jest zatem zobowiązany do zebrania

i transportu nieczystości oraz poniesienia kosztów ich składowania na składowisku.

W dokumencie dotyczącym ogólnej charakterystyki przedmiotu zamówienia (wspólnej dla wszystkich części – załącznik nr 5) zamawiający wskazał (ust. 1), cyt.: „**UWAGA! Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązki w zakresie:**

a) *selektywnego zbierania, selektywnego wywozu, zgodnie z wymogami prawa, zagospodarowania odpadów, które na nieruchomościach, objętych utrzymaniem będą się pojawiać lub będą powstałe w wyniku działań wynikających lub związanych z realizacją umowy o zamówienie (np. pielęgnacją zieleni, koszeniem, grabieniem, zmiataniem, opróżnianiem koszy, itd.); gospodarowania odpadami komunalnymi zbieranymi z nieruchomości objętych utrzymaniem*

b) *w zakresie w jakim stanowi to obowiązek faktycznie władającego nieruchomością – wykonawca zobowiązany jest realizować w sposób określony w obowiązujących przepisach prawa”.*

Odwołujący wskazał, iż w cenę oferty wykonawca miał skalkulować koszty zebrania

i transportu odpadów, a także opłatę za ich składowanie oraz ustawowe podatki środowiskowe. Dyspozycja zamawiającego wskazana w OPZ w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku zagospodarowania odpadów wynika z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa a także sposobu i nadzoru nad zlecanymi pracami, do których z mocy prawa zobowiązany jest zamawiający. Jest to bardzo istotny element zamówienia, z uwagi na co

w projekcie umowy kwestii gospodarki odpadami poświęcono § 6. Zamawiający w powołanych zapisach umownych zobowiązał wykonawców do realizowania prac zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Ustalony przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej sposób wykonania prac związanych z gospodarką odpadami został ujęty w formie jednoznacznego sposobu postępowania dla każdej pozycji z przedmiaru. Procedura wygląda w zakresie każdej z pozycji podobnie, tj.:

- usunięcie wytworzonych odpadów poprzez ich zgrabienie, zebranie itd.,
- wywóz zebranych odpadów, czyli transport,
- przekazanie odpadów na legalne składowisko (wyspecjalizowana instalacja posiadająca uprawnienia do tej działalności) wraz z poniesieniem opłat za składowanie i opłat środowiskowych.

Przedsiębiorca wykonujący tego typu usługę zgodnie z obowiązującymi przepisami jest zobligowany do dokumentowania całego procesu postępowania z odpadami na kartach BDO. Na takiej karcie należy wskazać wytwórcę odpadów, transportującego, a także składowisko, na które odpady zostały przekazane. Karta BDO jest dowodem i potwierdzeniem wykonania usługi, zaś potwierdzenie przekazania odpadów na składowisko jest dokumentem zakończenia usługi zagospodarowania odpadów.

Przechodząc na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy odwołujący wskazał, że wykonawca BILPOL-K. sp. j. złożył w postępowaniu ofertę, do której zgodnie z wymaganiami zamawiającego dołączył kosztorysy, w których potwierdził w każdej pozycji, w której wytwarzane są odpady, że po ich zebraniu odwiezie je na legalne składowisko i poniesie stosowną opłatę za składowanie. Jednakże inne zamierzenia wykonawcy wynikają z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca BILPOL-K. sp. j. w złożonej w dniu 8 sierpnia 2023 roku odpowiedzi na wezwanie bardzo lakonicznie odniósł się do gospodarki odpadami – wskazując w zasadzie wyłącznie, że posiada korzystne opłaty za zagospodarowanie odpadów. Wykonawca, mimo że powołał się na dowód „*cennik opłat za przyjęcie do zagospodarowania odpadów*” to jednak dowodu takiego do wyjaśnień nie przedłożył. Do wyjaśnień wykonawca załączył wyłącznie jednostkową fakturę, z której wynika niska, nierynkowa cena za składowanie odpadów biodegradowalnych o kodzie 20 02 01 (220 zł, tj. 237,60 zł brutto za 1 Mg odpadów) i to na składowisku oddalonym o ponad 100 km od miejsca ich zbierania. Złożone wyjaśnienia wzbudziły dalsze wątpliwości zamawiającego. Z tego też powodu pismem z dnia 10 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W piśmie tym zamawiający zwrócił się

o „*udokumentowanie na jakiej podstawie Wykonawca przyjął do kalkulacji tak niską opłatę za składowanie odpadów*”. W odpowiedzi udzielonej w dniu 16 sierpnia 2023 roku wykonawca wyjaśnił sposób w jaki postępuje z odpadami oraz jakie koszty ponosi za ich składowanie.

Z wyjaśnień tych wynika, że w zakresie odpadów biodegradowalnych przyjęte założenia są niezgodne zarówno z przepisami prawa, jak i z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami.

Zdaniem odwołującego, z wyjaśnień wynika zatem, że wykonawca nie przyjął do kalkulacji ceny ofertowej kosztów utylizacji odpadów biodegradowalnych – wbrew wymaganiom zamawiającego, który wymagał „*odwozu odpadów na legalne składowisko i uiszczenia opłaty za składowanie*”. Takie oświadczenie wskazuje zatem jednoznacznie, że wykonawca zamierza realizować zamówienie w sposób niezgodny z warunkami zamówienia.

Wykonawca wyjaśnił, że używa zebranych odpadów do swojej działalności - co pokazuje i dowodzi, że jego sposób postępowania z odpadami jest niezgodny z obowiązującymi przepisami. Wykonawca nie posiada bowiem wymaganych zezwoleń na zbieranie

i przetwarzanie odpadów, które uprawniałyby wykonawcę do wykorzystywania zebranych odpadów. Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach w art. 23 ust. 2 pkt. 6 wskazuje,

że zakazuje się zbierania poza miejscem wytwarzania bioodpadów stanowiących odpady komunalne (są to np. trawy, liście, odcięte pędy, chwasty i tym podobne). W ust. 10 wskazano, że tego zakazu nie stosuje się do zbierania odpadów w stacji przeładunkowej prowadzonej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub podmiot prowadzący instalację komunalną lub instalację do przetwarzania bioodpadów.

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że ustawodawca wykluczył wykorzystywanie bioodpadów stanowiących odpady komunalne na własny użytek – a na takie użycie powołał się wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazując, że odpady biodegradowalne „*oprócz składowania na legalne wysypisko wykorzystywane są w większości do naszej działalności gospodarczej*”. W konsekwencji taki sposób realizacji zamówienia jest niezgodny z przepisami prawa. W ślad za przytoczonymi przepisami odpady biodegradowalne w obowiązującym stanie prawnym po zebraniu w miejscu wytworzenia (np. w parku) muszą być bezpośrednio (tj. bez procesu ich gromadzenia czy magazynowania) odstawiane do podmiotu prowadzącego instalację komunalną lub instalację do przetwarzania bioodpadów. Są to np. kompostownie, w których dokonuje się przetworzenia odpadów i ich odzysku np. na kompost, ziemię ogrodową, materiały energetyczne. Ustawodawca nie dopuszcza przetwarzania odpadów biodegradowalnych poza specjalistycznymi instalacjami, do których prowadzenia jest wymagane uzyskanie zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w którym zostaną ustalone warunki prowadzenia takiej działalności. Za składowanie odpadów w takich instalacjach należy wnieść opłaty, w tym opłaty ekologiczne, np. tzw. opłatę marszałkowską od każdego przekazanego na instalację megagrama (Mg) odpadów. Środki finansowe zebrane w tym systemie są dalej dystrybuowane na ochronę środowiska. W związku z oświadczeniem wykonawcy, że większość odpadów wykorzystuje on przy swojej działalności

gospodarczej należy uznać, że jego oferta została obliczona z pominięciem obowiązujących opłat - w tym podatku ekologicznego (opłaty marszałkowskiej). Co również ważne - z tak zorganizowanego procesu pozbycia się odpadów wykonawca nie dysponuje dokumentacją, tj. kartą BDO, kartą przekazania odpadów na legalne składowisko, co oznacza, że zamawiający nie będzie miał pełnej kontroli nad takim obrotem odpadami. Potwierdzeniem wskazanych nieprawidłowości jest brak posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Zgodnie z rejestrem BDO wykonawca posiada wyłącznie zezwolenie na transport odpadów - i to jedynie w zakresie 14 kodów (dowód: wyciąg z BDO wykonawcy BILPOL-K. sp. j.).

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt. 21 ustawy o odpadach pod pojęciem przetwarzania rozumie się proces odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie. Z kolei pod pojęciem odzysku rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku, którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji

w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Na gruncie wskazanych powyżej przepisów wskazuje się, że działalność polegająca na dawaniu drugiego życia przedmiotom, które stanowią nadal wartość użytkową poprzez ich wykorzystanie w innym celu niż pierwotne przeznaczenie, powinna być klasyfikowana jako przetwarzanie (odzysk) odpadów (A. Kościuk, LEX QA 2299909). Ponadto wskazuje się, że *wydobyte w trakcie budowy dróg masy ziemne stanowią odpad, chyba że mają zostać wykorzystane na tym samym terenie, z którego zostały wydobyte, a podmiot posiada pozwolenie na budowę/zgłoszenie/inną decyzję administracyjną obejmującą prace na tym terenie. Sam zamiar wykorzystania wydobytych mas ziemnych na innym terenie i traktowanie odpadowej ziemi przez spółkę jako surowca nie zmienia ich statusu (odpady także mogą mieć wartość użytkową lub handlową, np. odpady metali). Jeżeli spółka magazynuje odpady poza miejscem wytworzenia, to powinna posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów. Jeśli spółka będzie przetwarzała odpady w innych miejscach (np. na innych budowach), to powinna posiadać zezwolenie na przetwarzanie odpadów* (A. Kościuk, LEX QA 2247318).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności wskazać należy, że wykorzystywanie przez wykonawcę odpadów biodegradowalnych do prowadzonej przez siebie działalności bezspornie wymaga legitymowania się przez wskazany powyżej podmiot zezwoleniem - decyzją na przetwarzanie odpadów (zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach). Uzyskanie takiej decyzji jest czasochłonne i wymaga spełnienia szeregu obostrzeń i dysponowania realną, weryfikowalną technologią, czego wykonawca nie posiada. Z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się osobę fizyczną i jednostkę organizacyjną niebędące przedsiębiorcami, wykorzystującą odpady na potrzeby własne (art. 46 ust.1 pkt. 2 ustawy o odpadach). Powyższe wyłączenie nie dotyczy jednak przedsiębiorców, a więc wykonawca nie jest uprawniony do skorzystania z takiego wyłączenia. Przepisów ustawy o odpadach nie stosuje się również do niezanieczyszczonej gleby i innych materiałów występujących w stanie naturalnym, wydobytych w trakcie robót budowlanych, pod warunkiem, że materiał ten zostanie wykorzystany do celów budowlanych w stanie naturalnym na terenie, na którym został wydobyty. Powyższe wyłączenie nie znajdzie jednak również zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ wykonawca w tym zamówieniu nie wykonuje robót budowlanych.

W konsekwencji, z powyższego wynika, że wykonawca prowadzi swoją działalność z naruszeniem przepisów ustawy o odpadach, a odpady powstałe w ramach umowy z zamawiającym planuje zagospodarować w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami.

Odwolujący wskazał, że składając ofertę wraz z kosztorysami wykonawca wskazał, że wycenił w poszczególnych pozycjach koszt wywozu odpadów na legalne składowisko.

Z wyjaśnień wynika jednak, że wykonawca nie ma zamiaru realizować takiego obowiązku, co pokazuje również, że próbował on wprowadzić zamawiającego w błąd podając w ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Przy realizacji umowy oprócz odpadów biodegradowalnych o kodzie 20 02 01 wytwarzane są czy też powstają również inne odpady - i to w ilościach niebagatelnych. Za taki odpad można uznać na przykład brudny piasek usuwany z podłoża placu zabaw. Odpad taki jest klasyfikowany pod kodem 20 03 99 – odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach, a w przypadku bieżącego oczyszczania placów zabaw jako odpady o kodzie 20 03 03 – odpady z oczyszczania ulic

i placów. W zakresie części V - w kosztorysie ofertowym w rozdziale 2 (mała architektura)

w pozycji 2.1.2 zamawiający wymagał, by brudny piasek podłoża piaskowego z placów zabaw w ilości 345,6 m<sup>3</sup> w każdym sezonie (a więc dwukrotnie w ilości 691,2 m<sup>3</sup>) został usunięty na legalne składowisko wraz z opłatą. 691,2 m<sup>3</sup> piasku to 1 105,92 tony piasku, a zatem bardzo duża ilość. W swoich wyjaśnieniach z dnia 16 sierpnia 2023 roku wykonawca oświadczył zaś, że brudny piasek wykorzystuje do piaskowania trawników. Odwołujący podkreśla jednak, że w usuwanym piasku znajduje się szereg zanieczyszczeń - w tym zanieczyszczenia uznawane jako odpady niebezpieczne, jak np. odchody zwierzęce (psie lub ptasie). W tego typu odpadach znajdują się także zanieczyszczenia

komunalne, popularne śmieci i inne odpady biodegradowalne np. liście, które opadły z drzew lub zostały zwiane na takie podłoże. Powtórne wykorzystanie piasku jest możliwe dopiero po jego przetworzeniu. Na wykonywanie takiej usługi przetwarzania odpadów - jak już wskazano powyżej - jest wymagane zezwolenie, a przede wszystkim adekwatna instalacja, która by piasek oczyściła z zanieczyszczeń. Postępowanie wykonawcy również w tym zakresie jest zatem niezgodne z wymaganiami zamówienia oraz przepisami prawa. Wykonawca oświadczył w wyjaśnieniach z 16 sierpnia 2023 roku, że liście z Parku Róż (który ma powierzchnię 10,31 ha) zostaną wykorzystane do okrywania roślin na okres zimy w celu zabezpieczenia roślin przed przymarzaniem, a także pozostawione w przyzmacz z liści, które będą służyć za schronienie niektórym zwierzętom, np. jeżom. Taka deklaracja oznacza, że liście nie będą odwożone zgodnie z wymogiem zamawiającego na składowisko, tylko będą zalegać w parku pomiędzy krzewami, w różankach lub służyć za „domki dla jeży”. W przedmiarze robót zamawiający nie przewidział jednak osiedli mieszkaniowych dla jeży, a okrywanie roślin (co wynika jednoznacznie z przedmiaru robót) zaplanował poprzez kopczykowanie, co oznacza przykrycie wrażliwych na przymrozki roślin ziemią z rabat, w których są wysadzone. Nie przewidziano natomiast zasypywania tych roślin butwiejącymi liśćmi. Nawet gdyby uznać takie rozwiązanie za prawidłowe to i tak wiosną wykonawca byłby zobligowany do usunięcia liści, które wykorzystał do budowy „schronisk dla jeży” czy zabezpieczeń zimowych, a kosztu usunięcia tych odpadów nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach. Nawet przy przyjęciu zaproponowanych przez wykonawcę rozwiązań nie jest zatem tak, że żadne koszty nie będą ponoszone. Co również ważne - wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w ogóle nie odniósł się do gospodarki odpadami, które są wytwarzane w związku z utrzymaniem parków przy usługach sprzątających. W szczególności brak jest wyjaśnień odnoszących się do rozdziału 3 kosztorysu, tj. bieżące utrzymanie czystości.

W dziale tym wykonawca został zobowiązany do odwiezienia na legalne składowisko wszelkich nieczystości wytworzonych przy zmiataciu chodników, alejek, placów, schodów wraz z poniesieniem opłat za ich składowanie. Usługę zaplanowano do wykonania aż 104 razy. Odpady zbierane w trakcie tej usługi określane są kodem 20 03 03 – odpady

z oczyszczania ulic i placów. Odpadów takich nie ujęto w ofercie, co oznacza, że wykonawca nie zaplanował przekazania ich na legalne składowisko.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane zastrzeżenia dotyczące niezgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy z przepisami prawa, należy zauważyć, że również wartość środków, które zaplanowano w ofercie na składowanie odpadów jest rażąco zaniżona. Składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca wskazał, że na odpady zbierane w dwuletnim okresie obsługi Parku Róż zaplanował 48 000 zł, tj. 2 000 zł miesięcznie. Między innymi wykonawca wyjaśnił, że w skład tej kwoty wchodzi koszty składowania odpadów biodegradowalnych (pokos traw) w wysokości 237,60 zł za 1 Mg. Cenę ofertową za tą usługę potwierdził fakturą nr FS 112/7/ZT/2023 z 31 lipca 2023 roku wystawioną przez Zakład Komunalny sp. z o.o. (ul. Podmiejska 69, 45-574 Opole). W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wskazane przez wykonawcę składowisko odpadów znajduje się w Opolu - co oznacza, że jest ono oddalone o 100 km od miejsca, w którym zbierane są odpady. Transport odpadów w obie strony to zatem ponad 200 km do przebycia. W praktyce odwołujący nie wyobraża sobie, aby ktokolwiek odwoził pokos do tak oddalonego miejsca. Już ta okoliczność powinna budzić wątpliwości co do wiarygodności i realności przedstawionej oferty. W wyjaśnieniach z 16 sierpnia 2023 roku wykonawca wskazał, że w skład zaplanowanych wydatków wliczono również wydatki na odpady zbierane z 67 koszy.

Z przedstawionego przez wykonawcę wyliczenia wynika, że kwota wydatków na zbieranie tych odpadów w okresie od stycznia do lipca jest niewielka i kształtuje się w przedziale od 415,89 zł do 1 670,37 zł. Na dowód wykonawca załączył faktury wystawione przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Świętochłowicach. Faktury te mają charakter częściowy i dotyczą rozliczeń tygodniowych czy dziennych dostaw na składowisko, a nie półrocznego okresu, na który powołuje się wykonawca w wyjaśnieniach - i tak faktura VAT 2023-4-0427 za okres od 19 do 20 kwietnia 2023 roku (a więc za jeden dzień) ma wartość

3 116,88 zł. Jest to więc wartość 50% wyższa niż zaplanowany w ofercie budżet. Wyjaśnienia wykonawcy w zestawieniu ze złożonymi dowodami w żadnej mierze nie potwierdzają poprawności wyliczenia ceny w tym zakresie – a zwrócić należy uwagę, że zamawiający

w drugim wezwaniu oczekiwał od wykonawcy udokumentowania skąd wynikają przyjęte przez niego niskie koszty składowania odpadów, a zatem wykonawca nie odpowiedział na wezwanie w sposób prawidłowy.

Podsumowując powyższą kwestię odpadów, odwołujący podnosi, że:

1. oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W ofercie w ogóle nie uwzględniono odpadów takich jak ponad 1105,92 tony zanieczyszczonego piasku, odpadów wytwarzanych w trakcie oczyszczania dróg

i chodników, tzw. zmiotek, liści, które trzeba będzie wywieźć wiosną, gdy jeże przestaną korzystać z planowanych przez wykonawcę domków, odpadów które powstają przy naprawach małej architektury, opakowań po materiałach, np.

po lakierach, odpadów

z bieżącego oczyszczania parków, z oczyszczania stawów i innych. Rażąco niski budżet w wysokości 2000 zł miesięcznie jest dowodem, że oferta jest skalkulowana poniżej kosztów, które są ponoszone na wykonanie tego zakresu usługi.

2.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

W toku oceny złożonej oferty, tj. z wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień

z 16 sierpnia 2023 roku wynika, że wykonawca oferuje świadczenie usługi w sposób sprzeczny z wymogami SWZ. Okoliczność niezgodności treści oferty z treścią SWZ ujawniła się

w związku ze złożeniem wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny stanowią integralną część oferty jako element ją uzupełniający (KIO 2354/18). Bez wątpienia zatem informacje pozyskane podczas procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny są wystarczające do uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, skoro przedstawiona kalkulacja ceny wskazuje na przyjęcie przez wykonawcę niezgodnych

z wymaganiami zamawiającego założeń co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Wbrew wskazaniom OPZ wykonawca nie zamierzał realizować usługi w sposób zgodny

z wymaganiami oraz przepisami prawa, tj. nie zamierzał oddawać odpadów na legalne składowisko i uiszczać z tego tytułu należności. Wyjaśnienia wykonawcy dotyczyły co prawda części V, jednak zakres zamówienia w części V i VI jest tożsamy co do rodzaju wykonywanych prac. Różnią się wyłącznie obszary wykonywania usługi. Bez wątpienia jednak przyjęty przez wykonawcę wadliwy sposób świadczenia, który ujawnił się przy wyjaśnieniach w zakresie części V jest tożsamy dla wszystkich zadań, tj. również w części VI.

3.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu mamy bowiem do czynienia wtedy, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca przyjmuje do obliczenia ceny za wykonanie zamówienia niewłaściwe dane – to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Gdyby wykonawca w sposób prawidłowy uwzględnił w ofercie konieczność przekazywania odpadów do legalnego składowiska i ponoszenia z tego tytułu kosztów to cena oferty byłaby inna.

4.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp

w zw. z art. 23 ust. 2 pkt. 6 i ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach.

Z ponownych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wprost wynika, że mimo, że nie posiada on zezwolenia na przetwarzanie odpadów to zamierzał on samodzielnie wykorzystywać zebrane odpady, co powoduje odpowiedzialność nie tylko po stronie wykonawcy, ale i po stronie zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy, że nie zamierza on przekazywać odpadów, a we własnym zakresie je przetwarzać (mimo braku zezwolenia) świadczy zatem

o tym, że oferta wykonawcy jest nieważna z uwagi na treść ustawy o odpadach.

5.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp

w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferta wykonawcy jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę – z uwagi na to została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca za wszelką cenę zmierzał do wygrania postępowania i z uwagi na to zaoferował nierealne warunki wykonania zamówienia, co godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto, wykonawca zamierzał wprowadzić w błąd zamawiającego w zakresie sposobu realizacji zamówienia. W kosztorysie wskazał bowiem, że wycenia pozycje zgodnie ze wskazaniem zamawiającego (tj. również za wywóz odpadów na legalne składowisko) podczas gdy nigdy nie miał zamiaru tego zrobić – a co ujawniło się w toku składanych wyjaśnień.

W zakresie ww. zarzutów odwołania i argumentacji odwołującego, zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca Bilpol uwzględnił w złożonej ofercie w zakresie części V koszty przekazania odpadów do legalnego składowiska. W wyjaśnieniach z 8 sierpnia 2023 dot. rażąco niskiej ceny i w przedstawionych dowodach wykazał, że posiada korzystne ceny za zagospodarowanie odpadów. Na dowód korzystnej kalkulacji wywozu śmieci wykonawca przedstawił fakturę FS 112/7/Z/2023 z 31.07.2023 roku za przyjęcie odpadów 20 02 01 w cenie 220,00 zł netto za tonę, podczas gdy wg cennika instalacji ceny te są zdecydowanie wyższe

i wynoszą wg cenników od 400,00 zł netto za tonę do nawet 1 000,00 zł netto za tonę za odpady o kodzie 20 03 99 (dowód: kopie zatwierdzonych cenników przyjęcia odpadów o kodzie 02 02 01 i 20 03 99).

Znaczna różnica w cenach uzasadnia transport odpadów do Opola. Przepisy zezwalają na transport poza rejonem odbioru odpadów. W przypadku gdy wykonawca ma dobrze logistycznie zorganizowane przedsiębiorstwo, to zawożąc jedną część odpadów do Świątchłowic (jako dowody w tym zakresie wykonawca przedstawił faktury) w drodze powrotnej może zabierać odpady, które trafiają do Opola. Wykonawca w piśmie z 16 sierpnia 2023 roku wyjaśnił, iż niska cena za składowanie odpadów wynika również z faktu,

iż wykorzystuje w swojej działalności np. zrębki po wymianie palików, z cięć pielęgnacyjnych drzew i krzewów do poprawy właściwości fizycznych gleby czy jako dodatek do podłoża ogrodniczego, liście natomiast wykorzystywane są

okrywania roślin na okres zimy

i z zabezpieczeniem przed przemarzaniem dla miejsc schronienia np. jeży. Podobna jest sytuacja z piaskiem z piaskownic, który oprócz wywozu śmieci jest wykorzystywany do piaskowania trawników. W zakresie pozycji kosztorysu dotyczących postępowania z piaskiem zamawiający przeanalizował następujące elementy, które w sposób jednoznaczny wskazują, że w badanym elemencie oferta wykonawcy nie jest rażąco niska i uwzględnia niezbędne koszty realizacji usługi, które w ofercie wykonawcy są zdecydowanie wyższe niż w ofercie odwołującego, który wskazuje na rażąco niską cenę wykonawcy.

Pozycje z kosztorysów ofertowych	ilość	krotność	Cena jedn. za m <sup>3</sup> wykonawca	Cena jedn. za m <sup>3</sup> odwołujący
Usunięcie 30 cm warstwy brudnego podłoża piaskowego o pow. 1152m <sup>2</sup> , wraz z odwozem i opłatą za składowanie oraz zakup i wypełnienie czystym piaskiem podłoża na głębokość 30 cm kalkulacja indywidualna Krotność=2	345,6	2	95,00 zł	110,00 zł
Zakup piasku i uzupełnienie czystym piaskiem piaskowego podłoża placu zabaw o pow. 1 152m <sup>2</sup> na głębokość 10 cm - kalkulacja indywidualna Krotność=4	115,2	4	65,00 zł	100,00 zł
różnica na samo usunięcie i utylizację piasku			<b>30,00 zł</b>	<b>10,00 zł</b>

Różnica w zaoferowanych i wyliczonych w kosztorysach kwotach na samo usunięcie i utylizację piasku została wyliczona poprzez:

-odjęcie od pozycji 1 (wg kosztorysów to są pozycje 2.2 - odwołujący, 2.1.2 - wykonawca) pozycji 2 (wg kosztorysów to są pozycje 2.3 - odwołujący, 2.1.3 - wykonawca),

-wynika to z faktu, że pozycja 1 obejmuje więcej czynności koniecznych do wykonania w założonych kwotach tzn. usunięcie starego piasku, utylizację, zakup nowego piasku

i wypełnienie czystym piaskiem. Natomiast pozycja 2 zawiera tylko dwie czynności zakup nowego piasku i uzupełnienie (wypełnienie).

Odwołujący w stosunku do wykonawcy ma o 2/3 mniej środków finansowych, czyli o ponad 66% przeznaczonych na utylizację i usunięcie piasku w stosunku do wykonawcy, zatem trudno w tym wypadku przyjmować stanowisko odwołującego o rażąco niskiej cenie wykonawcy, skoro z analizy jednoznacznie wynika, że wykonawca ma przeznaczoną większą pulę środków na usunięcie i utylizację niż odwołujący procentowy udział kosztów związanych z wymianą

i wypełnianiem piaskiem u wykonawcy jest większy niż u odwołującego zatem trudno tu mówić o rażąco niskiej cenie. Mając na uwadze powyższe, zarzut odwołującego w zakresie nieuwzględnienia w ofercie wykonawcy wszystkich kosztów dot. zagospodarowania odpadów jest chybiony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w zakresie części V i VI z uwagi na zamierzenie realizowania umowy w sposób niezgodny z wymaganiami oraz przepisami prawa jest chybiony. Zamawiający wskazuje, iż indywidualna kalkulacja wykonawcy, który uwzględnia własne korzystne uwarunkowania, elementy wpływające na obniżenie ceny, odmienne niż u innych wykonawców nie powoduje, iż wykonawca zamierza realizować zamówienie publiczne w sposób niezgodny z wymaganiami oraz przepisami prawa. W przedmiotowej sprawie kwestionowaną przez odwołującego pozycją dot. niezgodności w sposobie wykonywania zadania dotyczy utylizacji odpadów. Zamawiający wskazuje, iż w przedmiarach robót oraz w charakterystyce usług zawartych w opisie przedmiotu zamówienia ujęte jest wykonanie prac wraz z utylizacją odpadów. Zamawiający wielokrotnie wskazuje w materiałach przetargowych na tą pozycję, aby nie została pominięta w kalkulowaniu oferty. Wykonawcy muszą posiadać wiedzę, iż w kalkulacji ceny oferty muszą zostać uwzględnione również koszty utylizacji odpadów. Zamawiający zwraca na to szczególną uwagę w SWZ z obawy przed nieprawidłową kalkulacją ceny wykonawców, nie uwzględniającą tego samego zakresu prac i kosztów co powoduje nieporównywalność ofert jak również z obawy przed składaniem przez wykonawców wniosków o dodatkowe wynagrodzenie związane z brakiem uwzględnienia kosztów utylizacji odpadów w cenie oferty. Zamawiający

oceniając oferty wykonawców

w zakresie sposobu postępowania z odpadami bierze pod uwagę hierarchię postępowania

z odpadami zgodną z ustawą z dnia 14.12.2012 r. o odpadach z. (tj. Dz.U.2023.1587), dalej u.o. Klasyfikacja odpadów przez wykonawcę pozwala na kierowanie odpadów na odpowiednią ścieżkę ich zagospodarowania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. Zamawiający sam nie klasyfikuje odpadów; to na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowej klasyfikacji odpadów i gospodarowania wytworzonymi odpadami. Zgodnie z obowiązującymi przepisami to posiadacz wystawia kartę przekazania odpadów w systemie BDO, zatem to wykonawca musi wskazać rodzaj odpadu jego kod zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem oraz wagę, która ostatecznie jest weryfikowana na instalacji. W przedmiotowej sprawie zamawiający

w celu ustalenia kosztów za utylizację odpadów, jakie ponosi wykonawca wezwał go do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w tym zakresie (str. 4 wyjaśnień). Wykonawca

w odpowiedzi wraz z wyjaśnieniami dot. rażąco niskiej ceny przedstawił dowody, faktury z kilku miesięcy za odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach oraz za odpady ulegające biodegradacji, co potwierdza realną możliwą niższą cenę jego oferty. Wykonawca w kalkulacji wskazał na koszt utylizacji 1 tony odpadów w wysokość 237,60 zł/tonę brutto. Na wezwanie zamawiającego wykonawca udokumentował wskazaną w kalkulacji cenę za zagospodarowanie 1 tony odpadów, która jest tożsama z dowodem wykonawcy fakturą za przyjęcie odpadów o kodzie 20 02 01 (fakturą FS 112/7/ZT/2023). Oddawanie odpadów

w Opolu, w miejscu oddalonym od miejsca odbioru odpadów nie jest sprzeczny z przepisami, bowiem w przypadku odpadów komunalnych regionalizacja w zakresie zagospodarowania odpadów nie obowiązuje od 2019 roku. Kwestia współpracy z partnerami i umów handlowych niezależnie od miejsca, którego one dotyczą jest wyłączną kompetencją wykonawcy

i zamawiający w tą sferę nie ingeruje, bo nie posiada takich uprawnień.

W zakresie kwestionowania przez odwołującego sposobu zagospodarowania zamawiający wskazuje, iż w opisie przedmiotu zamówienia przyjął standard postępowania z odpadami analogicznie jak w przypadku bioodpadów powstających w gospodarstwach domowych, co nie oznacza, iż wykonawcy nie mogą działać na podstawie art. 2 pkt 6) pkt c) ustawy o odpadach z wyłączeniem jej stosowania w zakresie uzyskiwania podczas swojej działalności biomasy. Zgodnie z art.2 pkt 6) ww. ustawy, odpady z utrzymania terenów zieleni miejskiej nie należy poddawać restrykcjom ustawy o odpadach. Z przywołanego przepisu ustawy wynika, iż nie stosuje się ustawy o odpadach do biomasy, przez którą rozumie się:

a) odchody podlegające przepisom rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21 października 2009 r. określającego przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi, i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1774/2002 (rozporządzenie o produktach ubocznych pochodzenia zwierzęcego) (Dz. Urz. UE L 300 z 14.11.2009, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem (WE) nr 1069/2009”,

b) słomę,

c) inne, niebędące niebezpiecznymi, naturalne substancje pochodzące z produkcji rolniczej lub leśnej

- wykorzystywanej w rolnictwie, leśnictwie lub do produkcji energii z takiej biomasy za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi.

Z zapisów wprost wynika, iż przepisów ustawy o odpadach nie stosuje się wobec wyżej wymienionych produktów. Wprawdzie w przepisach jest mowa o wykorzystywaniu biomasy

w rolnictwie, leśnictwie lub energetyce (to nie dotyczy) ale należy to przenieść na grunt gospodarki zielenią miejską, czym rządzą te same zasady. Tym bardziej, że w tzw. „dobrą praktyką” są działania wykorzystujące nieusunięte liście do tworzenia schronień dla małych zwierząt (np. dla jeży). Ponadto biomasa ta stanowi naturalny nawóz dla utrzymywanej roślinności. Co do zasady, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach przetwarzanie odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Wyjątki od tej generalnej reguły zostały wskazane w art. 45 u.o. W analizowanej sytuacji nie mamy do czynienia z przetwarzaniem prowadzonym przez osobę fizyczną lub jednostkę organizacyjną niebędące przedsiębiorcami, które wykorzystują odpady na potrzeby własne, zgodnie z art. 27 ust. 8 u.o. co wymaga uzyskania zezwolenia, ale zgodnie z art. 2 pkt 6 u.o. przepisów ustawy o odpadach, a zatem również jej art. 41 ust. 1, nie stosuje się do biomasy w postaci odchodów podlegających przepisom rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z 21.10.2009 r. określającego przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1774/2002 (rozporządzenie

o produktach ubocznych pochodzenia zwierzęcego) (Dz. Urz. UE L 300 z 14.11.2009, str. 1, z późn. zm.), a także biomasy w postaci słomy oraz biomasy w postaci innych, niebędących niebezpiecznymi, naturalnych substancji pochodzących z produkcji rolniczej lub leśnej, co jednak istotne - wykorzystywanej w rolnictwie, leśnictwie lub do

produkcji energii z takiej biomasy za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi. Wykonawca z uwagi na wskazane w ustawie o odpadach wyłączenie w zakresie biomasy nie ma obowiązku posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca nie naruszył wymagań zamawiającego, bo przedstawił dokumenty potwierdzające oddawanie odpadów do odpowiednich instalacji

i wyjaśnił sposób ich zagospodarowania w pozostałym zakresie. Niezależnie od prawidłowego postępowania z odpadami, które zostało wykazane przez wykonawcę dowodami w postaci faktur za przyjęcie odpadów zgodnie z wymaganiami SWZ, zamawiający zauważa,

iż wykonawca wykazał, że jako gospodarz terenu, który zajmuje się jego utrzymaniem przez ostatnie dwa lata realizując umowę utrzymania parków z zamawiającym, szuka i stosuje rozwiązania i dobre praktyki aby w możliwie jak największym stopniu ograniczyć powstawanie odpadów, co stoi na szczycie hierarchii postępowania z odpadami i wynika z przepisów prawa. Takim działaniem jest mulczowanie jako zrównoważona metoda pielęgnacji, okrywanie roślin na zimę, zabezpieczanie przez przemarzaniem, tworzenie schronisk dla zwierząt. W ten sposób biomasa oddaje cenne składniki do środowiska naturalnego. Odpady lub biomasa (zgodnie z obowiązującymi przepisami wyłączona spod działania ustawy o odpadach)

z terenów zielonych aglomeracji miejskich może być zagospodarowana na cele energetyczne i nawozowe za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi, i to jest kierunek preferowany. Ograniczenie składowania frakcji ulegających biodegradacji należy do najważniejszych zadań gospodarki odpadami komunalnymi. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonawca udokumentował niskie ceny dot. zagospodarowania odpadów oraz fakt wywożenia odpadów na odpowiednią instalację poprzez przedstawienie dowodów w postaci kopii faktur. Wykorzystanie przez wykonawcę odpadów w postaci biomasy na cele nawozowe jest prawem dozwolone, co wynika wprost z przepisów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w zakresie części V i VI z uwagi na błąd

w obliczeniu ceny jest chybiony. Odwołujący formułuje zarzut błędu w obliczeniu ceny wskazując, iż wykonawca w cenie oferty nie uwzględnił kosztu przekazywania odpadów do legalnego składowiska; co w konsekwencji ma prowadzić do odrzucenia jego oferty. Zarzut jest niezasadny bowiem wykonawca w wyjaśnieniach potwierdził, iż w kalkulacji ceny uwzględnił wszystkie elementy i niezbędne dane związane z wykonywaniem usługi według SWZ. Tym samym wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny oferty, a zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Bilpol. Zamawiający wskazał, iż dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., na co zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 kwietnia 2023 r. KIO 777/23 konieczne jest stwierdzenie,

że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu ww. przepisów nie wystąpił.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art.23 ust. 2 pkt 6 i ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bilpol w zakresie części V i VI z uwagi na samodzielne wykorzystywanie odpadów, bez posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów, jest chybiony. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Bilpol ze względu na brak posiadania przez Bilpol zezwolenia na przetwarzanie odpadów z uwagi na wyłączenie obowiązku jego uzyskania w zakresie biomasy na podstawie art. 2 pkt 6) ustawy o odpadach; co zostało wyjaśnione wyżej. Tym samym wskazany w tym zakresie zarzut jest chybiony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczanie nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilpol w zakresie części V i VI z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest chybiony. Zdaniem zamawiającego, oferta Bilpol nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący powołał się na naruszenie art. 3 ust. 1 ww. ustawy, który definiuje pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził tylko, że wykonawca naruszył dobre obyczaje, o czym ma świadczyć złożenie przez wykonawcę oferty

z nierealnymi warunkami i rzekome wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zamawiający zauważa, iż w odniesieniu do powoływania się na czyn nieuczciwej konkurencji podkreślenia wymaga, że ciężar wykazania zaistnienia konkretnego czynu, warunków wystąpienia tego czynu spoczywa na odwołującym. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie

udowodnił, aby oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie zgadza się ze zgłoszonym zarzutem odwołującego, który na bazie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny twierdzi, iż wykonawca zamierza realizować zamówienie niezgodnie z przepisami prawa i SWZ. Wykonawca opisując swój sposób

w zakresie zagospodarowania odpadów zgodny z przepisami, nie podał nieprawdziwych informacji, tym samym nie wprowadził zamawiającego w błąd. Zamawiający miał również prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnienia konkretnej pozycji wpływającej na niską cenę oferty. Dokonanie dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest szczególnym uprawnieniem zamawiającego (nie zasada) i możliwe jedynie w okolicznościach, gdy dane informacje podane w pierwotnych wyjaśnieniach powodują konieczność wyjaśnienia ich składanych wyjaśnień (tak w wyroku KIO z 3.04.2023 roku o sygn. akt KIO 780/23).

Mając na uwadze powyższe, wykonawca Bilpol sprostał wymaganiom zamawiającego i wykazał, iż zaoferował realną rynkową cenę z uwzględnieniem całego zakresu usług opisanych w SWZ.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Przedmiot zamówienia dotyczy usługi utrzymania parków. Szczegółowy zakres czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia zamawiający opisał w załącznikach nr 9 i 11 do SWZ.

Postanowienia, na które powołuje się odwołujący zostały jednoznacznie sformułowane przez zamawiającego (okoliczność bezsporna), jednakże sposób rozumienia dokonany przez odwołującego zdaje się odbiegać od faktycznego ich rozumienia. Zdaniem Izby, zapisy te należało bowiem rozumieć w ten sposób, że w przypadku, gdy wystąpi okoliczność powstania odpadu, wykonawca ma obowiązek taki odpad przyjąć i przekazać do odpowiedniej instalacji, ponosząc odpowiednie koszty za jego utylizację lub przetworzenie (np. załącznik nr 5 ust. 1 do SWZ). Wykonawca, którym z pewnością jest przystępujący, ale również odwołujący potrafi, w oparciu o podane przez zamawiającego dane, prawidłowo zidentyfikować i ustalić, a co za tym idzie wycenić, jakiej wielkości odpady mogą zostać wytworzone w trakcie realizacji umowy. Szczególnie w przypadku przystępującego, który jest wykonawcą świadczącym rzeczoną usługę od wielu lat. Oznacza to, że dysponuje on najpełniejszą (poza zamawiającym) wiedzą na temat świadczenia usługi oraz ilością odpadów możliwą do powstania w ciągu 2 lat.

Zdaniem Izby, przystępujący przyjął do kalkulacji ceny ofertowej koszty utylizacji odpadów biodegradowalnych. Przystępujący wskazał bowiem, że będzie wywozi odpady na legalne składowisko. Przedstawił w tym zakresie kalkulację, która została poparta fakturami VAT

za okres 6 miesięcy. Koszt odpadów jest różny w zależności od miesiąca dlatego racjonalne ze strony przystępującego było przedstawienie tych kosztów w dłuższym odcinku czasu.

W dokumentach postępowania brak jest informacji na temat ilości odpadów jakie podlegają wywożeniu na składowisko. Przystępujący opierając się o informacje podane w SWZ oraz

o własne doświadczenie przedstawił swoją kalkulację. Na ilość odpadów wpływa to, że część materiału powstałego w rezultacie prawidłowego wykonywania usługi utrzymania parku nie stanowi odpadu tylko jest wykorzystywana do należytego świadczenia zakontraktowanych prac. Jak wskazał przystępujący w swoich wyjaśnieniach *„Na przykład zrębki (po wymianie palików, z cięć pielęgnacyjnych drzew i krzewów) wykorzystywane są do prowadzonej działalności: do poprawy właściwości fizycznych gleby czy jako dodatek do podłoża ogrodniczego a wysypywanie 5 cm warstwy pozwala ograniczyć wzrost roślin niepożądanych i zatrzymywania wilgoci w glebie. Liście wykorzystywane do okrywania roślin na okres zimy*

*i z zabezpieczeniem przed przemarzaniem, a pozostawienie większych pryzm z liści służy schronieniu niektórych zwierząt np.: dla jeży. Podobna sytuacja jest z piaskiem z piaskownic, który oprócz wywozu na składowisko jest też wykorzystywany do piaskowania trawników”.*

Ponadto, Izba podziela stanowisko przystępującego, który wskazał, iż w ramach ceny oferty wykonawca miał skalkulować koszty zebrania i transportu odpadów, a także opłatę za ich składowanie oraz ustawowe podatki środowiskowe. Odwołujący w sposób wadliwy dokonuje przypisania części przedmiotów do kategorii „odpadów”. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy

o odpadach, pod pojęciem odpadów rozumie się każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w niniejszym przypadku posiadaczem odpadów będzie wykonawca jako osoba pełniąca zarząd nad nieruchomością oraz będącą faktycznie

w posiadaniu odpadów z uwagi na realizowane zamówienie. W tym przedmiocie należy mieć w szczególności na względzie brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 19 Ustawy o odpadach, zgodnie

z którym poprzez pojęcie „posiadacz odpadów” - rozumie się przez to wytwórcę odpadów lub osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej będące w posiadaniu odpadów; domniemywa się, że władający powierzchnią ziemi jest posiadaczem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Zgodnie zaś z

definicją legalną, pod pojęciem wytwórcy odpadów - rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątanía, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej – art. 3 ust. 1 pkt 32 Ustawy o odpadach.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie nie została spełniona jakakolwiek przesłanka pozwalająca na uznanie, iż przedmioty takie jak m.in. zrębki, liście, piasek z piaskownic stanowią odpady w rozumieniu ustawowym. Odwołujący pomija w swoim stanowisku fakt,

iż ww. materiały wykonawca ma zamiar wykorzystać w celu realizacji zamówienia, poprzez m.in. poprawę właściwości gleby jako dodatek do podłoża ogrodniczego, okrywania roślin itd. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wykonawca jako posiadacz, nigdy nie zamierza pozbyć się przedmiotowych materiałów, wręcz przeciwnie, zamierza je w sposób efektywny wykorzystać w ramach wykonywania zlecenia. Brak jest przy tym jednocześnie jakichkolwiek przepisów nakładających na wykonawcę obowiązek pozbycia się omawianych przedmiotów, odwołujący zaś ich także nie wskazał.

W świetle powyższej definicji uznać należy z całą pewnością, iż przedmiot, którego posiadacz nie tylko nie zamierza się pozbyć, co nadto zamierza go wykorzystać w formie nie zmienionej, nie stanowi odpadu.

Powyższe rozważania znajdują odzwierciedlenie w orzecznictwie jak również w doktrynie.

W literaturze wyraźnie wskazuje się, iż „w sprawie C-235/02 Trybunał stwierdził (w punkcie 35 postanowienia), że nie muszą w grę wchodzić przepisy o odpadach, jeżeli przedsiębiorca zamierza określony przedmiot czy substancję „wykorzystać lub wprowadzić na rynek na korzystnych dla siebie warunkach w późniejszym procesie, bez uprzedniego przetwarzania. Taka wykładnia nie jest niezgodna z celami dyrektywy 75/442, ponieważ nie ma powodu, aby twierdzić, że przepisy dyrektywy 75/442, które mają regulować unieszkodliwianie lub odzysk odpadów, mają zastosowanie do towarów, materiałów lub surowców materiały, które mają wartość ekonomiczną jako produkty, niezależnie od przetwarzania, i które jako takie podlegają przepisom mającym zastosowanie do tych produktów [...] Oceniając „przydatność” bądź „nieprzydatność” przedmiotu czy substancji, trzeba ocenić stopień prawdopodobieństwa ponownego wykorzystania tego konkretnego towaru, substancji lub produktu, jeżeli to wykorzystania miałyby następować bez wstępnego przetwarzania. Taka okoliczność stanowić powinna ważną przesłankę dla oceny, czy te produkty, towary bądź substancje należałoby uznać za odpady w świetle RDO 2008. W dalszej kolejności oceny ewentualne uznanie, że poza normalną możliwością ponownego wykorzystania produktu czy substancji istnieje także korzyść gospodarcza, którą ich posiadacz może odnieść, pozwala na stwierdzenie, że prawdopodobieństwo takiego ponownego (dalszego) wykorzystania jest wysokie. Przy takich wnioskach danego produktu, towaru czy substancji nie można nadal traktować jako obciążenia, którego posiadacz zamierza się pozbyć, należy je natomiast traktować jako (użyteczne) produkty bądź „substancje”, a nie jako „odpady” (podobne rozstrzygnięcia zapadły w szeregu spraw rozstrzyganych wcześniej, por. jak np. sprawę C-263/05, pkt 38 uzasadnienia, a także sprawę Palin Granit, pkt 37 uzasadnienia)”.

Nie sposób zatem uznać, iż wymienione przez odwołującego substancję takie jak m.in. liście, czy też zrębki, w sytuacji woli ich wykorzystania stanowią odpady, a co za tym idzie, wykonawca jest obowiązany je utylizować i nie może ich wykorzystać.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący zamierza w sposób zaplanowany i świadomy wykorzystać omawiane przedmioty bez jakiegokolwiek ich przetwarzania. Tym samym mają one dla posiadacza wartość gospodarczą i ekonomiczną, oraz zostaną przeznaczone celem wykonania zamówienia. Nie sposób zatem uznać, iż w przypadku braku woli pozbycia się ich i planu ich użycia zgodnie z gospodarczym przeznaczeniem, są jakiegokolwiek podstawy dla uznania ich za odpady.

Zdaniem Izby, nawet gdyby uznać, iż takie materiały jak m.in. zrębki i liście stanowią odpady to i tak wykonawca mógłby je wykorzystać do prowadzonej działalności gospodarczej, a co za tym idzie, nie byłby obowiązany do ich odpowiedniej utylizacji. Nie ulega zatem wątpliwości,

iż każdy z przyszłych wykonawców miał prowadzić gospodarkę odpadami zgodnie

z obowiązującymi przepisami. Zgodnie zaś z art. 17 ust. Ustawy o odpadach, wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów; 2) przygotowywanie do ponownego użycia; 3) recykling; 4) inne procesy odzysku; 5) unieszkodliwianie.

Ustawodawca wyraźnie wskazał zatem, iż „unieszkodliwienie” odpadów winno być ostatnim z podjętych działań. W art. 18 ust. 2 Ustawy o odpadach, wyraźnie podniesiono, iż odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi. Odzysk, o którym mowa w ust. 2, polega przy tym 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 – art. 18 ust. 3 Ustawy o odpadach. Ustawodawca wprowadził także w art. 3 ust. 1 pkt 14 Ustawy o odpadach definicję legalną zgodnie z którą: ilekroć w ustawie jest mowa o przygotowaniu do ponownego użycia - rozumie się przez to 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. Nie ulega zatem wątpliwości, iż nawet gdyby uznać przedmiotowe produkty za „odpady”, to wykonawca miałby prawo wykorzystać je po przygotowaniu do ponownego użycia, co *de facto* byłby do tego zobowiązany na gruncie Ustawy o odpadach. Wyraźnie wskazano także w art. 18 ust. 5 Ustawy o odpadach, iż jedynie te odpady, których poddanie odzyskowi nie było możliwe

z przyczyn, o których mowa w ust. 3, posiadacz odpadów jest obowiązany unieszkodliwić.

Zgodnie natomiast z art. 18 ust. 6 Ustawy o odpadach, składowane powinny być wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn, o których mowa w ust. 3. W końcu unieszkodliwianiu poddaje się te odpady, z których uprzednio wysegregowano odpady nadające się do odzysku – art. 18 ust. 7 Ustawy o odpadach.

Konkludując, zamierzone działanie wykonawcy należy uznać nie tylko za dopuszczalne, co wręcz obowiązkowe. Z uwagi na nałożony na wykonawcę obowiązek gospodarowania odpadami zgodnie z przepisami prawa, obowiązany on jest w pierwszej kolejności dokonać wszelkich działań celem odzyskania odpadów i ich ponownego użycia, przed podjęciem działań celem ich unieszkodliwienia. Tym samym nie zasadnym jest zarzut odwołującego, iż na wykonawcy w tym zakresie również spoczywa jedynie obowiązek wywiezienia odpadów i ich składowania. Działanie wykonawcy, w świetle możliwości poddania odpadów odzyskowi, uznać należy zatem za poprawne, co zostało uwzględnione w złożonej ofercie.

Niezrozumiałe jest także twierdzenie odwołującego, iż z art. 23 ust. 2 pkt. 6 Ustawy o odpadach wynika, iż wykonawca w przedmiotowym stanie faktycznym nie mógłby wykorzystać ponownie przedmiotowych rzeczy. Zgodnie z powołanym przez odwołującego przepisem: zakazuje się zbierania poza miejscem wytwarzania: bioodpadów stanowiących odpady komunalne. Zakaz sprowadza się jedynie do zbierania odpadów poza miejscem wytwarzania. Wykonawca w żadnym zakresie nie wskazał, iż jakiegokolwiek odpady będą zbierane poza miejscem ich wytwarzania, tj. poza nieruchomościami oddanymi pod zarządek. Nadto, działanie obrane przez wykonawcę uznać należy za odpowiadające realizacji zasadzie „bliskości”, wyrażonej w art. 20 ust. 1 Ustawy o odpadach, zgodnie z którą odpady,

z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetworzeniu w miejscu ich powstania.

Odwołujący pomija przy tym fakt, iż obowiązek gospodarowania odpadami – tj. zbieranie, transport lub przetwarzanie odpadów, w tym sortowanie, wraz z nadzorem nad wymienionymi działaniami, a także późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami (art. 3 ust. 1 pkt 2 Ustawy o odpadach) – spoczywa w pierwszej kolejności na wytwórcy odpadów. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 1 Ustawy o odpadach, wytwórca odpadów jest obowiązany do gospodarowania wytworzonymi przez siebie odpadami. Nie musi on jednak tego zlecać innym podmiotom, w ust. 2 powołanego przepisu wyraźnie bowiem podniesiono, iż „*wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom ...*”.

Skoro ustawodawca nakłada na wytwórcę odpadów obowiązek gospodarowania wytworzonymi przez siebie odpadami, to oznacza to, iż jest on również do tego uprawniony.

Wyraźnie przy tym wskazano w art. 45 ust. 1 pkt 10 Ustawy o odpadach, iż z obowiązku uzyskania odpowiedniego zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się wytwórcę odpadów, który wytwarza przez siebie odpady zbiera w miejscu ich wytworzenia.

W związku z powyższym, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wszystkie zarzuty stawiane przez odwołującego a odnoszące się do tej samej okoliczności uznać należało za niezasadne.

Przystępujący uwzględnił w swojej ofercie koszty związane z odpadami dotyczącymi zanieczyszczonego piasku, odpadami wytwarzanymi w trakcie oczyszczania dróg i chodników, tzw. zmiotek, liści, co wynika wprost z formularza ofertowego przystępującego, a wysokość tych kosztów jest prawidłowa i nie stanowi o RNC oferty, co wprost wynika z porównania cen za ten sam zakres usługi, dokonanej przez zamawiającego.

Zdaniem Izby, oferta przystępującego zgodna jest z treścią SWZ, przystępujący oferuje świadczenie usługi w sposób zgodny z wymogami SWZ. Wskazywana przez odwołującego niezgodność wynika jedynie z błędnego założenia, jakie w tym zakresie przyjął odwołujący.

Oferta przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, wobec uznania, że zawiera wszystkie elementy wyceny

związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia,

a świadczenie usługi przewidziane przez przystępującego zgodne jest z obowiązującymi przepisami prawa (ustawy o odpadach). W tym zakresie nie było konieczne posiadanie przez przystępującego pozwolenia (decyzji) na przetwarzanie odpadów.

W ocenie Izby, przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd a co za tym idzie złożenie przez niego oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Błędne założenia odwołującego prowadzą do wadliwych wniosków.

## 2.Koszty pracy.

Odwołujący wskazał, iż przystępujący w złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny w części V wyjaśnił, że warunki wynagrodzenia pracowników w jego firmie są adekwatne do wymagań ustawowych. W tym zakresie podał, że na koszty zatrudnienia przewidział 620 240,00 zł. Jak wynika ze strony 4 wyjaśnień, gdzie wykonawca dla przykładu przedstawił kalkulację koszenia trawników dla poz. 1.1.1 kosztorysu ofertowego zastosował on do kalkulacji tego zamówienia stawkę 21,60 zł za godzinę. Zatem stawka ta jest niezgodna

z obowiązującymi w dniu składania ofert przepisami. Od dnia 1 stycznia 2023 roku obowiązująca minimalną stawką jest bowiem 22,80 zł za godzinę. Ponadto – i co było wiadome wykonawcy w momencie kalkulowania oferty – od dnia 1 lipca 2023 roku stawka ta wzrosła

i ma wartość 23,50 zł za godzinę. W konsekwencji wykonawca przyjął do kalkulacji ceny ofertowej stawkę poniżej wartości minimalnych ustalonych przed ustawodawcą. Wykonawca w tym zakresie nie ma swobody działania - wartość minimalna jest narzucona i obowiązująca z uwagi na przepisy prawa (dowód: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku). Realnie, aby wartość stawki była zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego należałoby tę stawkę uzupełnić jeszcze o wartość płac uzupełniających, z których pokrywane są koszty absencji chorobowych za pierwsze 33 dni nieobecności, które opłaca pracodawca, ekwiwalenty za odzież roboczą i jej pranie, obowiązkowe coroczne badania lekarskie, a nawet część wymiaru urlopu wypoczynkowego. Przyjęte w tym zakresie standardy przy obowiązującym od lipca 2023 minimalnym wynagrodzeniu za pracę w wysokości 3 600 zł wliczają taką stawkę na wartość 27,96 zł za godzinę, co potwierdza informacja rynkowa zawarta w „Informatorze Sekocenbud o stawkach roboczogodziny” dowód: wyczenie minimalnej stawki kalkulacyjnej w roku 2023, wyciąg

z Sekocenbud (zeszyt 41/2023 – 3 kwartał 2023 roku) - wyczenie stawki roboczogodziny

z minimalnego wynagrodzenia (strona 11)].

Poza kwestią wysokości stawki, istotne jest również to, że wykonawca nie przedstawił żadnych szczegółowych wycień w zakresie kosztów pracy. Nie wskazał jakie wynagrodzenie otrzymują jego pracownicy – i nie wynika to również z przedłożonych kopii umów o pracę. Jeśli bowiem wykonawca posiada jakieś właściwości, które pozwalają mu na obniżenie ustawowo ustalonych kosztów pracy (jak np. zatrudnianie osób bezrobotnych z dofinansowaniem - chociaż wykonawca na żadne takie okoliczności się nie powołał a zatem uznać należy, że takie okoliczności nie zachodzą) to nadal nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych wycień czy informacji pozwalających na ocenę takiego argumentu.

Podsumowując powyższą kwestię, odwołujący podnosi, że:

1.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 3, 4 i 6 ustawy Pzp, gdyż w ofercie przyjęto stawkę godzinową w wysokości 21,60 zł, co jest niezgodne z obowiązującymi aktualnie przepisami prawa,

2.oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp

w zw. z art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają, na podstawie jakich przepisów oferta może być nieważna, nie zawierają również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że brak jest przeszkód, aby za taką odrębną regulację uznać np. przepisy odnoszące się do minimalnego wynagrodzenia za pracę i zasad ustalania tego wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z zarzutem odwołującego kwestionującym stawkę minimalnego wynagrodzenia pracowników (robotników), przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, na podstawie przykładowej kalkulacji ceny poz. 1.1.1 koszenia trawników, gdzie przystępujący wskazał stawkę 21,60 zł na godzinę. Zamawiający szczegółowo przeanalizował wyjaśnienia wykonawcy i jednoznacznie stwierdził, że wykonawca zgodnie z treścią pkt. III (str. 5) wyjaśnień - wynagradza zatrudnionych na umowę o pracę pracowników, zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi kosztów pracy, ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2022 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Zamawiający nie zgadza się jakoby przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń w zakresie kosztów pracy. W złożonych wyjaśnieniach z 8 sierpnia 2023 roku wykonawca przedstawił przykładową kalkulację dotyczącą koszenia (str. 4 wyjaśnień) i kalkulację kosztów wraz z opisem (str. 6 wyjaśnień), której stawkę godzinową odwołujący kwestionuje. W kalkulacji tej wykonawca wykazał najważniejsze grupy kosztów uwzględnione w kalkulacji, w tym koszty pośrednie. Zgodnie

z definicją: Koszty pośrednie to jeden z rodzajów kosztów w przedmiotowym układzie ujmowania kosztów działalności gospodarczej. Koszty pośrednie obejmują te składniki kosztów, które nie mogą być bezpośrednio odnoszone do produkowanych wyrobów lub usług bądź rodzajów działalności, tzn. nie można przyporządkować ich poszczególnym nośnikom na podstawie pomiarów i dowodów źródłowych lub takie przyporządkowanie jest nieopłacalne. Koszty pośrednie są przypisywane poszczególnym nośnikom na podstawie procedur rozliczeniowych. W momencie poniesienia koszty pośrednie grupuje się wspólnie, a następnie rozlicza w wymaganym przekroju z wykorzystaniem kluczy rozliczeniowych (np. płace bezpośrednie, koszty bezpośrednie, koszty produkcji),

(źródło: [https://pl.wikipedia.org/wiki/Koszty\\_po%C5%9Brednie](https://pl.wikipedia.org/wiki/Koszty_po%C5%9Brednie)).

Mając na uwadze powyższe, przedstawiony przez odwołującego zarzut dot. naruszeń w zakresie kosztów pracy jest chybiony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy w zakresie części V z uwagi na jej nieważność, spowodowaną zastosowaniem stawek niezgodnych z przepisami jest chybiony. Wykonawca nie naruszył art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 roku. Wskazane przez odwołującego zarzuty zostały oparte na błędnym założeniu stosowania przez przystępującego stawki godzinowej, która dotyczy umów zlecenia podczas gdy wykonawca zatrudnia pracowników na podstawie umów o pracę i w tej sytuacji stawki godzinowej w rozumieniu ww. ustawy do tych pracowników nie stosuje się. Wykonawca

w wyjaśnieniach a także dołączonych dowodach w postaci umów o pracę wykazał,

że zatrudnia pracowników na umowę o pracę (zgodnie z wymaganiami SWZ), którzy otrzymują wynagrodzenie miesięczne brutto w kwocie spełniającej wymogi minimalnego wynagrodzenia oraz premii uznaniowej, tym samym nie stosuje minimalnej stawki godzinowej. Zamawiający przeanalizował kwestię stawki minimalnego wynagrodzenia w kalkulacji wg schematu:

Na dzień składania ofert zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalne wynagrodzenie za pracę wynosiło i wynosi nadal 3600,00 zł/miesiąc brutto.

Ilość godzin pracy w roku 2023 wynosi 52 tygodnie x 40 godzin/tydzień 2080 godzin w roku

Ilość godzin miesięcznie 2080 godzin / 12 miesięcy 173,33 godziny średnio w miesiącu

Miesięczne wynagrodzenie w przeliczeniu na godzinę pracy 3600 zł/m-c / 173,33 20,77 zł/godzinę

Wykonawca przedstawił kalkulację w swoich wyjaśnieniach, gdzie wyliczył 80 h pracy x 21 zł 1 728,00 zł - koszt pracy pracowników w zakresie koszenia trawników.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że realna stawka godzinowa, wyliczona w „Informatorze Secocenbud o stawkach roboczogodzin” wynosi 27,96 zł (jest to związane z wartością płac uzupełniających tj. m.in.: koszty absencji chorobowych za pierwsze 33 dni nieobecności, ekwiwalent za odzież roboczą i jej pranie, obowiązek corocznych badań lekarskich, a nawet część wymiaru urlopu wypoczynkowego). Jednakże odwołujący formułując zarzut nie uwzględnił wskazanych przez wykonawcę kosztów pośrednich, które stanowią blisko 27% całości oferty. Z kalkulacji wykonawcy dla wskazanej pozycji wynika, iż koszty za pracę (stawka 21,60 zł), opłata za składowanie oraz koszty transportu stanowią 3 458,56 zł, podczas, gdy zaoferowana w kosztorysie cena kształtuje się na poziomie 6 660,88 zł, w związku z czym uwzględnia ona również koszty pośrednie oraz zysk wykonawcy. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia przystępującego i własne wyliczenia zamawiającego, zamawiający uznał,

iż wykonawca nie naruszył obowiązujących przepisów w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników, bowiem przedstawiona w kalkulacji wykonawcy stawka nie odnosi się do minimalnej stawki godzinowej określonej w przepisach, a wyłącznie do stawki wyliczonej

z minimalnego wynagrodzenia za pracę wraz z uwzględnieniem dodatkowych kosztów. Pracownicy nie są rozliczani według stawki godzinowej, ale według stawki godzinowej wynikającej z otrzymywanego przez pracowników minimalnego wynagrodzenia za pracę plus dodatkowo np. premia uznaniowa o której wykonawca pisze w pkt. III (str. 5).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny, albowiem jak to wskazał w swoich wyjaśnieniach przystępujący, pracownicy przeznaczeni do realizacji zadania będą również wykonywać inne umowy, stąd też umowa nie będzie pokrywać 100% wynagrodzeń tych pracowników, a na ich wynagrodzenie będą pracować na kilka

umów.

Zdaniem Izby, dowody dołączone do wyjaśnień w postaci kopii umów o pracę jednoznacznie wskazują, że wykonawca posiada pracowników, którzy w umowach mają wpisany szeroki zakres obowiązków; dla przykładu m.in. mechanik sprzętu ogrodniczego, ale oprócz tego ogrodnik terenów zielonych, kierowca samochodu osobowego. Z przedstawionych dowodów wynika, że posiadani przez wykonawcę pracownicy mogą pracować, wykonując różne czynności w zakresie działalności wykonawcy, co z pewnością korzystnie wpływa na koszty pracownicze wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając argumentację przystępującego wskazuje, iż wymogiem zamawiającego było to, żeby każda z osób wykonujących zamówienie była zatrudniona na podstawie umowy o pracę. Nie istnieje przy tym minimalna stawka godzinowa dla umów o pracę. Zgodnie z art. 1 ust. 1a Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, „minimalna stawka godzinowa” - to minimalna wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. Nie ulega zatem wątpliwości, iż odwołujący przyjął błędne założenie dla swojego zarzutu, tj. zastosował minimalną stawkę godzinową dla zleceń i świadczeń usług,

a nie dla umowy o pracę. Dla umów o pracę ustawodawca przewiduje jedynie minimalne wynagrodzenie miesięczne. W tym względzie nie ma jakichkolwiek regulacji przewidujących „minimalną stawkę godzinową”. Zgodnie natomiast z art. 6 ust. 1 Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4. Dodatkowo wskazać należy, iż „stawka godzinowa” na umowie o pracę nigdy nie będzie taka sama z uwagi na różny wymiar godzin roboczych w poszczególnych miesiącach, na co zwrócił uwagę także ustawodawca. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli pracownik jest zatrudniony w niepełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy, wysokość minimalnego wynagrodzenia ustala się w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin pracy przypadającej do przepracowania przez pracownika w danym miesiącu, biorąc za podstawę wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie niniejszej ustawy.

Przepisy nie regulują jaka musi być „minimalna stawka za godzinę” na umowie o pracę. Chcąc wyliczyć zatem „stawkę godzinową”, należy dokonać wyliczenia wynagrodzenia z poszczególnych miesięcy i podzielić przez liczbę dni. Do czerwca 2023 r. wynagrodzenie minimalne wynosiło 3490 zł. W okresie od stycznia do czerwca było natomiast 1000 godzin pracujących. Przy stawce minimalnej za ten okres należałoby się wynagrodzenie w wysokości 20.940 zł (3.490 x 6). Uśredniona stawka dzienna za ten okres wynosiła zatem 20,94 zł (20.940:1000). Od lipca 2023 r. wynagrodzenie minimalne wynosi 3600 zł. W okresie od lipca do grudnia jest również 1000 godzin pracujących. Przy stawce minimalnej za ten okres należeć się będzie wynagrodzenie w wysokości 21.600 zł (3600 x 6). Uśredniona stawka dzienna za ten okres wynosi zatem 21,60 zł (21.600:1000). Stawka przyjęta przez wykonawcę do wyliczeń szacunkowych jest zatem w pełni poprawna. Niezrozumiałe jest przy tym przyjęcie innych stawek opartych na dodatkowych ewentualnych świadczeniach, jak próbuje to przedstawić odwołujący. W zakresie wynagrodzenia wiążąca dla pracodawcy jest stawka minimalna wynagrodzenia.

### 3. Rażąco niska cena.

Zdaniem odwołującego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są wyjaśnieniami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, w konsekwencji czego oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona analogicznie jak w sytuacji, w której wykonawca nie złożyłby wyjaśnień. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsekwencją zapytania jest także przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co wprost wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Z momentem skierowania wezwania to na wezwanym spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wykonawca w niniejszym postępowaniu niczego nie udowodnił, bowiem złożone wyjaśnienia stanowią zbiór ogólnych deklaracji nie popartych żadnymi konkretnymi dowodami. Przedłożone wyjaśnienia, w ocenie odwołującego wręcz potwierdzają, że cena została zaniżona w zakresie procesów świadczonych usług (art. 224 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp), kosztów pracy (art. 224 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp), zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (art. 224 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp) oraz w związku z naruszeniem bądź nieuwzględnieniem przepisów z zakresu ochrony środowiska (art. 224 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp), tj. w zakresie gospodarki odpadami.

W zakresie kosztów pracy, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz naruszeniem przepisów z zakresu ochrony środowiska odwołujący wskazał szeroką argumentację w poprzednich częściach pisma – i pozostaje ona aktualna i obowiązująca również w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny. Uzupełniając te obszary odwołujący podniósł dodatkowe argumenty świadczące o zaniżeniu ceny ofertowej. Do wniosku, że złożona oferta jest rażąco niska może prowadzić na przykład porównanie cen jednostkowych zaproponowanych przez wykonawcę w postępowaniu na tożsamy przedmiot zamówienia u tego samego zamawiającego w roku 2021. Od tego czasu na rynku doszło do bardzo gwałtownych zmian

w zakresie cen – spowodowanych inflacją, wojną w Ukrainie. Zmieniły się również koszy pracy w związku z podnoszoną przez ustawodawcę wartością minimalnego wynagrodzenia, bowiem w 2021 roku minimalne wynagrodzenie wynosiło 2800 zł, zaś obecnie jest to już 3600 zł (od 1 lipca 2023 roku). Bez wątplenia wzrosły ceny paliw czy ceny kosztów składowania odpadów. Na rynku nie ma towarów, których cena z 2021 roku byłaby tożsama lub poniżej aktualnych cen w 2023 roku. Co istotne – niniejsze postępowanie zamawiający ogłosił na dwa lata, tj. od 01.09.2023 roku do 31.08.2025 roku, a zatem wykonawca w ofercie musiał skalkulować również ryzyko dalszego wzrostu cen. Mimo tego, aktualna oferta wykonawcy aż w 29 pozycjach nie uległa zmianie względem oferty z 2021 roku - pomimo nowych kosztów pracy i innych części składowych ceny (dowód: oferta wykonawcy z 2021 roku).

Złożone wyjaśnienia nie wyjaśniają, jak jest możliwe utrzymanie ceny przy tak nagłym wzroście kosztów. Jeszcze głębsze zdumienie wywołują pozycje oferty, w których ceny pomimo upływu 2 lat zostały obniżone. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku usługi usuwania suchych roślin błotnych ze stawów czy pielienia kwietników stałych i sezonowych.

W przypadku kwietników sezonowych podstawowym kosztem jest praca ogrodników i tu pomimo wzrostu płac cenę obniżono o 76,47%, a przy wykonywaniu nowych trawników nawet o 100% (dowód: porównanie cen w ofertach wykonawcy z 2021 roku oraz 2023 na ten sam zakres zamówienia).

Zaniżenie cen lub brak ich wzrostu pomimo upływu 2 lat dowodzi, że złożona przez wykonawcę oferta jest nierealna, nierynkowa i zaniżona w stosunku do aktualnych kosztów. Potwierdza to również konfrontacja ceny ofertowej, która odbiega od wartości wyliczonej przez zamawiającego na podstawie cen rynkowych aż o 558 309,19 zł. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 1 625 736,87 zł, a oferta wykonawcy została ustalona na kwotę 1 067 427,68 zł. Jest ona o 34% niższa od ceny ustalonej przez zamawiającego. Wykonawca zobowiązany był w wyjaśnieniach wykazać, jak jest w stanie wygenerować aż tak daleko idące oszczędności względem cen rynkowych. Przedłożone wyjaśnienia tego jednak nie wyjaśniły. Innym dowodem na rażące zaniżenie ceny aktualnie oferowanej przez wykonawcę są oferty składane innym klientom na tożsame usługi. Przykładowo odwołujący odniesie się i omówi opisaną w wyjaśnieniach usługę koszenia trawników – strona 3 i 4 wyjaśnień z 08.08.2023 r. – wyjaśnienia odnoszą się do poz. 1.1.1 Kosztorysu ofertowego. Zaoferowana cena na usługę koszenia trawy do wysokości 4 cm wraz z wygrabieniem, odwozem skoszonej trawy na legalne składowisko i opłatą za składowanie zebranego pokosu w kwestionowanej ofercie wynosi w cenie jednostkowej netto 11 zł/100m<sup>2</sup>. Co ważne termin składania ofert wyznaczony został na 26.07.2023 r. W tym samym terminie w postępowaniu pn. „Bieżące utrzymanie zieleni - rejon nr 3 - drogi wlotowe do miasta” dla Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach – data składania 20.07.2023 r. wykonawca za usługę jednokrotnego skoszenia, wygrabienia i wywozu skoszonej trawy zaoferował cenę 78 zł/100m<sup>2</sup>. Zaoferowana więc w Chorzowie cena 11 zł/100m<sup>2</sup> jest rażąco niska w stosunku do cen, które ten wykonawca oferuje innym klientom. Wynosi ona jedynie 14% ceny zaoferowanej w ZDM Gliwice. Duża dysproporcja pomiędzy wyceną tożsamych usług musi budzić wątpliwości co do rzetelności, wiarygodności, a nawet celu oferty (dowód: oferta BILPOL-K. złożona w postępowaniu prowadzonym przez ZDM Gliwice).

Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy złożonych 08.08.2023 r. zachowując kolejność użytą przez samego wykonawcę odwołujący wskazał, że wykonawca przywoływał i argumentował różne założenia, które według niego pozwoliły mu obniżyć zaoferowaną cenę poprzez:

1) wykonawca twierdzi, że posiada doświadczenie w realizacji prac, co umożliwiło mu dokładne oszacowanie nakładu pracy zarówno zasobów ludzkich jak i sprzętowych. Wykonawca rzeczywiście posiada wieloletnie doświadczenie w utrzymaniu parków, ale ze złożonych przez niego wyjaśnień nie wynika, w jaki sposób to doświadczenie wpływa na zaoferowaną cenę. W tym zakresie nie przedstawiono w wyjaśnieniach żadnej wartości uzyskanej z tego posiadanego doświadczenia pomimo tego, że zamawiający w swoim wezwaniu zobowiązał wykonawcę do złożenia dowodów wszelkie upusty, które pozwalają na obniżenie kosztów. Zgodnie z tym zobowiązaniem wykonawca winien był zatem ustalić wartość, która pozwala mu na obniżenie ceny z uwagi na posiadane doświadczenie. Wykonawca w zaprezentowanych kalkulacjach czy obliczeniach nie wskazał również nigdzie choćby wyceny „ryzyka kontraktowego”, które ewentualnie można by było odnieść albo oprzeć na posiadanym przez niego doświadczeniu i uznać, że wiedza, z której korzysta przekłada się na możliwość obniżenia ceny.

2) wykonawca wskazuje, że posiada własny serwis maszyn i sprzętu oraz warsztat samochodowy, co daje mu oszczędności z braku potrzeby zlecania napraw zewnętrznych.

W tym zakresie również brak jest jakichkolwiek wyliczeń świadczących, że faktycznie powyższa okoliczność daje wykonawcy jakąkolwiek przewagę. Brak jest porównań do cen serwisowych na rynku. Przedstawiona argumentacja w naszej ocenie nie pozwala na uznanie, że posiadanie własnego warsztatu daje jakiegokolwiek oszczędności. Wręcz przeciwnie - organizacja warsztatu i zatrudnienia wykwalifikowanej kadry przyczynia się do stałego wysokiego kosztu. Zatrudnieni na stałe pracownicy są kosztem nawet w sytuacji, gdy nie ma awarii i nie wymagane są naprawy. Pracodawca jest obciążany przestojami. Rozwiązanie takie nie jest więc oszczędnością, a jedynie jednym z rozwiązań

stosowanym dla zabezpieczenia napraw, serwisów i utrzymania środków technicznych. Brak ustalenia wartości oszczędności

i dowodów, że takie oszczędności istnieją (a nawet tego, że istnieje warsztat, bo w tym zakresie nie przedstawiono żadnego dowodu) całkowicie deprecjonuje ten argument i z tego powodu uniemożliwia odniesienie go do zaoferowanej ceny. Nikt a w szczególności zamawiający nie jest w stanie ocenić czy własny serwis firmy Bilpol K. sp.j. obniża cenę, co oznacza, że argument ten nie jest wyliczony i udowodniony.

3) wykonawca oświadczył, że posiada własną stolarnię, gdzie produkuje paliki

z materiałów pozyskanych z Państwowego Gospodarstwa Leśnego, co pozwala mu na obniżenie ceny. Wskazujemy, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie parków, a nie usługi stolarskie, czy produkcja palików. W przedmiocie zamówienia zamawiający ustalił,

że ewentualna wymiana palików jest przewidziana w ilości 32 sztuk w każdym roku. Łącznie planowana wymiana nie przekroczy zatem 64 sztuk w ciągu 2 lat. Wykonawca w kosztorysie ofertowym wycenił paliki w poz. 1.1.7 na wartość 1 658,88 zł brutto. Wartość ta jest zatem bagatelna, nieistotna, bowiem stanowi jedynie 0,15% wartości zamówienia. W konsekwencji, aby wykonać taką usługę nie jest wymagane posiadanie stolarni czy umowy zawartej

z Państwowym Gospodarstwem Leśnym. Zasoby takie z uwagi na udział tego materiału

w zamówieniu nie są przewagą konkurencyjną, która pozwoliłoby na wygenerowanie oszczędności w wysokości 560 tys. zł w stosunku do ofert konkurentów lub wartości rynkowej wyliczonej przez zamawiającego.

4) wykonawca ujawnił, że zajmuje się sprzedażą drewna oraz drewna opałowego, które odkupuje od zamawiających w ramach realizowanych umów np. od Gminy Zabrze przez co uzyskuje przychód ze sprzedaży drewna. W przedmiocie zamówienia zamawiający – Gmina Chorzów nie przewiduje prac polegających na wycince drzewa czy pozyskiwaniu drewna. Nie jest więc możliwa sytuacja, że wykonawca odkupi od zamawiającego w ramach realizacji umowy drewno powstałe z takiej wycinki i uzyska dochód z tego tytułu. Ewentualna sprzedaż drewna nie jest objęta przedmiotem zamówienia, planowana, a nawet rozważana

w dokumentacji przetargowej. Argument ten nie ma zatem związku z przedmiotem zamówienia i nie zagwarantuje wykonawcy żadnego dochodu wynikającego z takiej transakcji, co pozwoliłoby mu na obniżenie ceny z uzyskanego zysku. Przywołany argument nie jest związany z ofertą. Najprawdopodobniej ten dodatkowy zakres działalności – sprzedaż drewna wskazano w wyjaśnieniach jako prace uzupełniające (poza umową) dla zatrudnianych pracowników. Informacja o takiej możliwości znajduje się na stronie 6 wyjaśnień, gdzie wykonawca oświadczył, że „*pracownicy przeznaczeni do realizacji zadania będą również wykonywać inne umowy, stąd też umowa nie będzie pokrywać 100% wynagrodzeń tych pracowników, a na ich wynagrodzenie będą pracować na kilka umów*”. Jednak dowody załączone do wyjaśnień nie potwierdzają, aby sprzedaż drewna odkupionego od zamawiającego lub z lasów państwowych przynosiła jakiegokolwiek dochody, które mogłyby pokryć koszty prowadzonej działalności lub brakujących wynagrodzeń pracowników. Wykonawca na przywołaną okoliczność załączył bowiem dowody w postaci faktury zakupu drewna opałowego od Miasta Zabrze – faktura VAT UM/IK/D/7/06/2023 z 6 czerwca 2023 roku. Na fakturze w rozpisce nabytego drewna wskazano m.in. cenę nabycia wałków opałowych twardych (twardego drewna) w wysokości 145 zł za 1m<sup>3</sup> w ilości 2,80 m<sup>3</sup>. Wykonywaną przez wykonawcę usługą jest pocięcie drewna i przygotowanie dla odbiorcy za co zapewne winien uzyskać wynagrodzenie – przychód, z którego jak można domniemać ze złożonych wyjaśnień zamierza pokryć np. brakujące wynagrodzenia pracowników. Niestety dochodu takiego nie potwierdza faktura zbycia drewna opałowego twardego, która również została załączona do wyjaśnień – jak wynika bowiem z faktury nr FVS/0033/23 z 31 maja 2023 roku wystawionej przez wykonawcę anonimowemu nabywcy z Zabrze, wykonawca sprzedał drzewo w cenie 145 zł za 1m<sup>3</sup>, a więc w cenie za jakie zostało nabyte od Gminy Zabrze. Mimo konieczności włożenia pracy w obróbenie zakupionego materiału, transportu tego materiału wykonawca sprzedał drewno za taką samą cenę za jaką je nabył - wyklucza to więc uzyskanie dodatkowego dochodu pozwalającego np. na pokrycie wynagrodzeń pracowników. Taka działalność zdaniem odwołującego wręcz generuje dodatkowe, nieopłacone koszty wynikające z usługi pocięcia i przygotowania drewna do sprzedaży na rzecz nabywcy.

5) wykonawca wskazał, że posiada nowoczesny park maszynowy, który pozwala mu na obniżenie kosztów. W tym wypadku wykonawca dla przykładu w jaki sposób nowoczesny sprzęt umożliwia mu wygenerowanie niskiej ceny przedstawił wyliczenie - kalkulację pracy kosiarki „Toro”. Wyliczenie rozpiął na stronie 3 i 4 wyjaśnień. Na dowód posiadania tego nowoczesnego rozwiązania przedstawił dowód w postaci polisy ubezpieczeniowej dwóch kosiarek „Toro”, w których ujawniono rok produkcji. W polisie wystawione przez Uniqa dla kosiarki „Toro 30782/A” numer inwentaryzacyjny 64 wskazano rok produkcji na 1998 rok, co oznacza, że kosiarka ta ma 25 lat. W kolejnej polisie wystawionej przez Uniqa dla kosiarki „Toro 30741” nr inwentaryzacyjny 57 wskazano rok produkcji 2001, co oznacza, że kosiarka ta ma 22 lata. Trudno uznać, że 22 i 25-letni sprzęt jest sprzętem nowoczesnym. Definicje słownikowe wyrażenia „nowoczesny” odnoszą się do rozwiązań postępowych, właściwych nowym czasom. W przypadku maszyn, których postęp i rynek wymuszają innowacyjne rozwiązania 22-letni i 25-letni sprzęt trudno uznać za nowoczesny. Co

ważne - od roku 2001 wprowadzono normy środowiskowe dla maszyn budowlanych i drogowych - w tym kosiarek - narzucające czystość spalin. Dla tych urządzeń stosuje się normę STAGE. Pierwsza norma STAGE I została wprowadzona w roku 2001, norma STAGE II i STAGE IIIA w latach 2002-2008. Obecnie od roku 2014 obowiązuje norma STAGE IV. Kosiarki 22-letnie i 25letnie

w związku z niespełnieniem tych norm nie mogłyby być wprowadzone do sprzedaży,

a w większości krajów UE nie można z nich już korzystać, ponieważ zanieczyszczają spalinami powietrze. W konsekwencji ochrona środowiska i wskazana norma STAGE wyklucza uznanie kosiarek „Toro” o numerze 64 i 57 za nowoczesne. Obowiązujące w Polsce przepisy uznają pojazdy za zabytkowe, gdy przekroczą 25 lat. Sprzęt 25-cio letni to również sprzęt awaryjny. Pokazany przez wykonawcę sprzęt nie jest zatem sprzętem nowoczesnym, a jego eksploatacja nie obniża kosztów, które mogłyby tworzyć oszczędności w cenie.

6) wykonawca - inwestuje w nowoczesne technologie. W tym zakresie wykonawca wskazał, że posiada samochód elektryczny z 2014 roku, który pozwala mu na obniżenie kosztów. Wskazane rozwiązanie, tj. samochód elektryczny oczywiście jest proekologiczne – jednak sam samochód StreetScooter o numerze rejestracyjnym SH 3007E ma już prawie 10 lat, co nie gwarantuje jego bez kosztowej eksploatacji. Zdane i nieprawdziwe jest twierdzenie, że 10-cio letni pojazd nie generuje kosztów, co może pozwolić na założenie obniżenia ceny. Samochód 10-letni staje się coraz bardziej awaryjny, a wskazany przez wykonawcę samochód StreetScooter jest produktem firmy, która już nie istnieje, została przejęta przez inną firmę motoryzacyjną, co oznacza, że wszelkie serwisy są jeszcze bardziej utrudnione i kosztowne (dowód: wydruk z Wikipedia dot. StreetScooter).

7) wykonawca wyjaśnił, że posiada rabaty u dostawców materiałów, część materiałów nabywa od wspólnika. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na okoliczność uzyskiwania rabatów u dostawców materiałów, a także na nabywanie materiałów roślinnych od wspólnika po wyjątkowo korzystnych cenach. Ma to jego zdaniem zdecydowany wpływ na zaferowane w kosztorysie ceny. W wyjaśnieniach z 08.08.2023 r. na stronie 6 wykonawca wskazał, że koszt zakupu materiałów wynosi 90 000,00 zł, co stanowi około 8% wartości kontraktu. Nie jest to więc kluczowy i decydujący czynnik. Z załączonych do wyjaśnień dokumentów w postaci faktur, np. za piasek czy paliwo, nie wynika jednak, aby wykonawcy udzielono jakichkolwiek rabatów, co oznacza, że nie udowodnił on tych twierdzeń. Rabatów takich również nie oznaczono w ofercie cenowej wystawionej przez wspólnika firmy (pana M. K.). Co ciekawe nie sposób jest sprawdzić oferty tego dostawcy, ponieważ Gospodarstwo Plantacyjno-Szkółkarskie M. K. nie prezentuje swojej oferty handlowej w Internecie. Nie można również uzyskać informacji w zakresie tej oferty, ponieważ przedsiębiorca ten nie dysponuje nawet numerem telefonu, co potwierdza również oferta załączona do wyjaśnień, gdzie oznaczono jedynie przedsiębiorcę i jego dane adresowe bez jakichkolwiek numerów kontaktowych. Wynika to ze stempla, pieczęci gospodarstwa.

W warunkach uczciwej konkurencji trudno znaleźć przedsiębiorcę, który nie reklamuje swoich towarów, a nawet nie ujawnia danych kontaktowych umożliwiających z nim kontakt.

W praktyce czyni to zatem przedstawioną ofertę mało wiarygodną i nieweryfikowalną w rzeczywistości.

8) zadeklarował, że uzyskał korzystne opłaty za zagospodarowanie odpadów. W tym zakresie odwołujący przedstawił już obszerną argumentację, którą w całości podtrzymuje. Ponadto wskazuje, że wykonawca w wyjaśnieniach powołał się na dowód - cennik opłat za przyjęcie do zagospodarowania odpadów. Do wyjaśnień nie załączono jednak takiego dokumentu, a zatem argument ten jest zupełnie niewiarygodny i nieudowodniony.

9)zadeklarował możliwość zakupu drewna bezpośrednio od Lasów Państwowych. Argument ten nie ma znaczenia w postępowaniu na utrzymanie parków, ponieważ niniejsze zamówienie dotyczy usługi utrzymaniowej, a nie dostawy drewna.

10)wykonawca ujawnił, że posiada własny zbiornik na paliwo o poj. 5 000 litrów. Odwołujący zupełnie nie rozumie w jaki sposób argument ten miałby wpływać na możliwość obniżenia ceny ofertowej o 560 tys. zł. Wykonawca nie udowodnił, że uzyskuje rabaty, na które się powołuje. Z przykładowo załączonej faktury na paliwo nie wynika, że udzielono mu jakiegokolwiek rabatu. Co ważne obecna sytuacja polityczno-gospodarcza wyklucza w ogóle możliwość otrzymania rabatów z uwagi na ograniczenia w dostępie do paliw. Paliwo jest reglamentowane, jego cena wzrasta. Na rynku nikt nie proponuje rabatów sprzedażowych (dowód: pismo od dostawcy GAZ Petrol). Co istotne w koszty oferty w ogóle nie wliczono kosztów paliwa, co wynika z kalkulacji kosztów zamieszczonych na stronie 6 wyjaśnień - wykazano tam jedynie koszty zatrudnienia, koszty zakupu materiałów, opłaty za składowanie odpadów. W pozostałym zakresie wykazane koszty dotyczą kosztów pośrednich i zysku. Tak enumeratywnie przedstawione koszty nie obejmują kosztów zakupu paliwa.

11) wykonawca zorganizował pracę z dostosowaniem się do warunków sezonowych. Przedmiot zamówienia jest związany z warunkami pogodowymi, sezonowymi. Organizacja pracy jest więc wymuszona cyklem zmian pogodowych, cyklem wegetacyjnym roślin, co wynika z przedmiotu zamówienia. Organizacja pracy dostosowana do warunków sezonowych nie jest więc rozwiązaniem oryginalnym, z którego korzysta wyłącznie wykonawca. Takie rozwiązanie jest

wymuszone realnym przebiegiem prac - jest to normalne, standardowe podejście i nie zapewnia żadnej przewagi konkurencyjnej. Co istotne, sezonowa organizacja pracy nie pozwala na obniżenie kosztów pracy poniżej ustalonych przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę są zobowiązani otrzymywać minimalne wynagrodzenie, zaś wykonawcy prac na podstawie umów cywilnoprawnych minimalną stawkę wynikającą z rozporządzenia. Wynagrodzenie musi być zagwarantowane niezależnie od sezonowości. Opisana sezonowość nie wpływa więc na możliwość obniżenia kosztów pracy. Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji wycenionych przez siebie pozycji, mimo że niniejsze zamówienie jest rozliczane przez zamawiającego na podstawie realnie wykonanych prac w zależności od krotności poszczególnych pozycji - a nie ryczałtowo za całość zamówienia. Wykonawca powinien zatem odnieść się do poszczególnych pozycji, podczas gdy przedstawił wyłącznie jedną bardzo ogólną kalkulację. Ponadto, kalkulacja, która została przedstawiona w wyjaśnieniach z 8 sierpnia 2023 roku obejmuje tylko koszty zatrudnienia, koszty zakupu materiałów oraz koszty ponoszone za składowanie odpadów. Przedstawiona w wyjaśnieniach z 8 sierpnia 2023 roku kalkulacja (str. 6) nie zawiera zatem kosztów wykorzystywanego do wykonania usług sprzętu typu kosiarki, podkaszarki, pilarki, nożyce do cięcia żywopłatów, środki transportowe do odwozu odpadów, urządzenia do oczyszczania czy odśnieżania. Sprzęt ten poza kosztami stałymi (tj. amortyzacja, koszty napraw, koszty wymiany taboru) generuje również istotne koszty zmienne, których wysokość wynika z ilości wykonywanej pracy. Takim kosztem w przypadku maszyn jest przede wszystkim koszt paliwa. Koszty takie nie zostały w ogóle ujęte w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący wskazuje również, że w wyjaśnieniach nie ujęto kosztów stałych ponoszonych przez wykonawcę, mimo że takie koszty obciążają działalność wykonawcy i powinny być składnikiem wyceny. Są to np. koszty administracji, obsługi finansowej itd. W zakresie kosztów zakupu materiałów składając swoje wyjaśnienia wykonawca przedłożył bardzo wątpliwe dowody. Na przykład załączone do wyjaśnień potwierdzenie „Confirmation” (które wystawił nieznany podmiot, bowiem na dokumencie nie znajdują się dane czy podpis wystawcy) odnoszące się do cebul kwiatowych zostało sporządzone w języku angielskim a wartość deklarowanych w potwierdzeniu cen została określona w walucie „EURO”. Jest to niezgodne z wymogami formalnymi stawianymi ofercie, która winna być sporządzona w języku polskim i w polskiej walucie (ustalenia takie zawarto w SWZ w rozdziale XIII ust. 3 pkt. 10 oraz w rozdziale XIV ust. 3 SWZ). Już chociażby z tego powodu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ została sporządzona i przekazana w sposób niezgodny z wymaganiami organizacyjnymi. Bez wątpienia jednak niezgodność walutowa pomiędzy dowodami a ofertą uniemożliwia weryfikację prawidłowości wyliczenia ceny, a co za tym idzie ustalenie czy cena jest prawidłowa.

Powyższe okoliczności świadczą o tym, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólne, lakoniczne i nie obejmują wszystkich wymaganych wyliczeń, wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby rentowność złożonej oferty i mogły przekonać, że jest to cena na poziomie rynkowym, która obejmuje wszystkie elementy składające się na ten zakres zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Mimo wezwania wykonawcy do złożenia dowodów czy nawet szczegółowego wezwania do udokumentowania kosztów odpadów, trudno jest doszukać się wiarygodnych dowodów, np. na upusty czy rabaty, o których pisze wykonawca. Takich dowodów po prostu nie ma, mimo że wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami. Tego w niniejszej sprawie zabrakło.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca w swoich wyjaśnieniach dot. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 8.08.2023 r. i 16.08.2023 roku wskazał i poparł dowodami istotne elementy mające wpływ na ograniczenie kosztów realizacji usług objętych zamówieniem. Wykonawca wywiązał się z obowiązku udowodnienia, iż jego cena ofert nie jest rażąco niska; jego wyjaśnienia są konkretne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, co jest zgodne z ogólnym generalnym postulatem oceny wyjaśnień wykonawców, na który wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3.04.2023 roku o sygn. akt KIO 780/23. Wszystkie wskazane przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny argumenty i dowody zostały zakwestionowane przez odwołującego. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest nierealna, nierynkowa, rażąco niska. Zaprezentowane w wyjaśnieniach argumenty wykonawcy przekonały zamawiającego, iż wskazane w wyjaśnieniach argumenty uzasadniają niską cenę ofert.

W związku z zarzutem wystąpienia w ofercie Bilpol rażąco niskiej ceny, zamawiający dodatkowo przeprowadził analizę cenową ofert przetargowych na skarżone części w odniesieniu do oferty Bilpol i odwołującego w latach 2021-2023.

Analiza cenowa ofert przetargowych

Zamawiający wskazuje, iż przystępujący realizował do końca sierpnia bieżącego roku

u zamawiającego umowę zawartą w wyniku postępowania przetargowego z 2021 roku na „Utrzymanie Parku Róż w latach 2021-2023”. Umowa ta nie podlegała żadnej waloryzacji, z żadnego tytułu i wykonawca w całości ją należycie zrealizował. Fakt ten wskazuje, że kwestionowana przez odwołującego oferta wykonawcy została skalkulowana dobrze i przewidywała wszelkie niezbędne koszty i godziwy zysk dla wykonawcy. Umowa obowiązywała od 2021 roku do końca sierpnia 2023. W tej sytuacji niezasadne jest twierdzenie odwołującego o źle skalkulowanej lub zbyt niskiej cenie oferty złożonej w postępowaniu w 2023 roku, skoro wartość aktualnie złożonej oferty jest wyższa od wartości oferty z 2021 o 17,8 % (czyli na poziomie inflacji) i zaczyna ona obowiązywać w roku 2023, w którym wykonawca realizował tożsame usługi za ceny zaoferowane w roku 2021.

Mając na uwadze powyższe, oferta została dobrze skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych kosztów do prawidłowej realizacji zamówienia oraz godziwego zysku. Zamawiający zwraca uwagę, że umowa będzie obowiązywała w latach 2023-2025 i przewiduje możliwość jej waloryzacji (§ 18 projektu umowy). W przypadku kwestionowanej przez odwołującego drugiej oferty przystępującego dot. „Utrzymanie otoczenia Szybu Prezydent” również w stosunku do wartości oferty złożonej w postępowaniu w roku 2021 oferta w bieżącym postępowaniu jest wyższa o 33,1%. W przypadku tej części również obowiązuje zapis umowy o możliwej waloryzacji umowy, co może wpływać na kalkulację ceny. Zamawiający wskazuje, iż, pomimo że bada ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny całej oferty, bada też pozycje z kosztorysu ofertowego, które mogą być wyceniane przez wykonawców w różny sposób w zależności od uwzględnionych indywidualnych możliwości organizacyjno-technicznych, umów handlowych, rabatów, itp. obniżenia kosztów lub kalkulacji. Dla porównania zamawiający wskazał, że odwołujący na część dotyczącą „Utrzymania otoczenia Szybu Prezydent”, która to umowa była przez odwołującego realizowana od roku 2021 (umowa ta była waloryzowana w roku 2022) złożył ofertę, której wartość w stosunku do wartości umowy zwaloryzowanej realizowanej od 2021 jest wyższa o 30%. Tak więc porównując oferty wykonawców na tożsame zakresy do tej pory realizowane należy stwierdzić, że wzrost ofert składanych w bieżącym okresie jest porównywalny (na poziomie około 30%). Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że oferty przystępującego zostały skalkulowane na rażąco niskim poziomie, skoro ten poziom jest analogiczny w ofertach tych dwóch wykonawców, w tym odwołującego. Z uwagi na fakt, że odwołujący w roku 2021 realizował dwie umowy na utrzymanie parków, poza umową na „Utrzymanie otoczenia Szybu Prezydent”, umowę na „Utrzymanie Parku Amelung”, zamawiający w celu ustalenia realnego wzrostu kosztów świadczenia usług, z którym możemy mieć do czynienia w 2023 roku porównał także ceny (koszty) umów z 2021 roku, trwających do 2023 roku oraz ofert złożonych w postępowaniach w 2023 roku. Należy wskazać, że realizacja zamówienia na „Utrzymanie chorzowskiego rynku”, którą realizuje i realizował odwołujący wskazuje, że wzrost kosztów realizacji zamówienia określony w ofercie przetargowej z 20 lipca 2023 roku w stosunku do wartości umowy uwzględniającej waloryzację z roku 2022 wynosi 10,2 %. Gdyby nie uwzględniać waloryzacji umowy to wówczas ten wzrost kosztów oscyluje w granicy 19 %. Natomiast analiza umowy z roku 2021 wraz z waloryzacją i oferty w postępowaniu z roku 2023 na część I zamówienia tj. „Utrzymanie Parku Amelung” wskazuje, że wzrost kosztów roku 2021 do oferty roku 2023 odwołującego wynosi 36%. Odwołujący podnosi, że zamawiający przeznaczył kwotę na sfinansowanie zamówienia, w której mieści się jego oferta, jednakże nie odniósł się do kwestii poziomu swojej oferty w stosunku do szacunku zamawiającego. Należy wskazać, że w roku 2021 poziom oferty odwołującego w stosunku do wartości szacunkowej wynosił 73% natomiast w roku 2023 roku 89%, wykonawcy przystępującego poziom ten utrzymuje się na podobnej wysokości - w roku 2021 to poziom 70% a 2023 roku to poziom 67%. Zamawiający wskazał, iż na bieżąco analizuje prowadzone postępowania i prowadzi swoje statystyki w zakresie cenowym składanych ofert. Ze zgromadzonych danych wynika, że w roku 2021 dla części zamówienia dotyczącego „Utrzymania Parku Róż” procentowa różnica pomiędzy ofertami przystępującego i odwołującego wynosiła niespełna 4% (gdy uwzględnimy waloryzację umowy odwołującego wówczas ten poziom wzrasta do zaledwie 12%). Natomiast w roku 2023, w przedmiotowym postępowaniu, różnica pomiędzy ofertami wykonawcy wybranego i odwołującego wynosi ponad 34% (dowód: analiza ofert przetargowych).

Zamawiający wskazał ponadto na następujące porównania:

1. Część zamówienia na Utrzymanie Otoczenia Szybu Prezydent:
  - koszty miesięczne z oferty odwołującego - **18 562,92 zł**
  - koszty miesięczne z oferty wykonawcy wybranego - **18 195,93 zł**

Oczywistym jest, że rozliczenie umów następuje na podstawie kosztorysowej, jednakże dla potrzeb analizy różnic w ofertach odwołującego i wykonawcy, zamawiający podzielił oferty na 24 miesiące, czyli równo na okres obowiązywania umów. Z zestawienia wynika, iż oferty są porównywalne, różnica kosztów wynosi zaledwie **366,99 zł/miesiąc** i zostały w nich uwzględnione analogiczne poziomy kosztów przez obu wykonawców. Porównanie rodzi wątpliwość zamawiającego, dlaczego odwołujący założył, iż przy innej części zamówienia (Utrzymanie Parku Róż) te koszty miałyby

być nie uwzględnione, lub uwzględnione

w niewystarczającej wysokości.

## 2. Utrzymanie Parku Róż:

-w roku 2021 różnice pomiędzy ofertami odwołującego i wykonawcy przystępującego to niespełna 4%,

-w roku 2023 różnice pomiędzy ofertami odwołującego i wykonawcy przystępującego to ponad 34 %, gdzie oferta odwołującego jest zdecydowanie wyższa - szacunkowy wzrost kosztów:

-zamawiający około 26%,

-wykonawca przystępujący ponad 17%,

-odwołujący ponad 52%, gdyby uwzględnić waloryzację to ponad 40%.

Zamawiający nie zgadza się również z zarzutem odwołującego jakoby doszło do zaniżenia ceny przez wykonawcę w stosunku do ceny w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, w porównaniu do innej oferty cenowej. (na marginesie wskazują, iż ze strony internetowej zamawiającego ZDM w Gliwicach wynika, iż zamówienie wygrał przystępujący). Odwołujący wskazuje, iż potwierdzeniem złożenia przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu oferty z rażąco niską ceną jest fakt złożenia przez wykonawcę, oferty na tożsamy zakres w ramach postępowania pn. „Bieżące utrzymanie zieleni - rejon 3 - drogi wlotowe do miasta” dla Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, gdzie wskazuje na cenę za usługę jednokrotnego skoszenia, wygrabienia i wywozu skoszonej trawy w wysokości 78 zł/100 m<sup>2</sup>. Natomiast cena zaoferowana w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego wyniosła 11 zł/ 100 m<sup>2</sup> (str. 19 odwołania). Zamawiający zauważa,

iż prowadzone przez zamawiającego w Gliwicach postępowanie dotyczyło utrzymania dróg wlotowych a nie parków, obszarów zielonych. Zgodnie z opisem OPZ opublikowanym przez ZDM Gliwice zakresem zamówienia objęto:

- koszenie terenów zielonych, poboczy oraz rowów, skarp oraz przyczółków mostowych (utwardzonych i nieutwardzonych) w pasach drogowych dróg publicznych i niepublicznych leżących w granicach administracyjnych miasta Gliwice (w tym koszenie traw, chwastów) wraz z wygrabieniem i usunięciem pokosu (1 pkt. 1)

- koszenie obejmuje zarówno tereny zieleni z założonymi trawnikami, jak również tereny nie urządzone, a wysokość zleconej do koszenia trawy może być różna (1 pkt. 9)

- zamawiający przewiduje minimum jednokrotne koszenie w ciągu roku całego rejonu (1 pkt. 17)

(dowód: OPZ opublikowany przez ZDM w Gliwicach, adres strony prowadzonego postępowania: [https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-de8f1\)51f-1fc411ee-9aa3-96d3b4440790](https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-de8f1)51f-1fc411ee-9aa3-96d3b4440790)).

Z przedstawionego, krótkiego wyciągu z OPZ z Gliwic jednoznacznie wynika, że zakres prac przewidziany do realizacji w obszarze pasów, a koszenie powierzchni urządzonych, utrzymywanych na bieżąco, z dużą częstotliwością koszenia w parkach (w zakresie przewidziano 6 krotne koszenie w roku) w parkach, zdecydowanie różni się w zakresie niezbędnych nakładów na wykonanie prac, możliwości wykorzystania sprzętów i m.in. pracy w jednym miejscu. Zamawiający zauważa, iż w przypadku urządzonych parków (a z takimi jest Park Róż czy Otoczenie Szybu Prezydent w przedmiotowym postępowaniu), prace wykonuje się w jednym miejscu na zorganizowanej powierzchni, natomiast w przypadku pasów ulicznych istotną różnicą jest kwestia przemieszczania się do kolejnych miejsc wykonywania prac, różnorodność miejsc wykonania prac, a także zmienność powierzchni (rowy, przyczółki, skarpy).

### Obwodnica Zachodnia

Koszenie powierzchni ok. 156.000 m<sup>2</sup>. Przewidywana liczba koszeń: 1-krotne koszenie całości (wiosna 2024) oraz 2-krotne koszenie rowów oraz fragmentów przy skrzyżowaniach ok. 43 000 m<sup>2</sup> (lato i jesień 2023).

Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego w Gliwicach zakres jest zmienny, powierzchnie do utrzymania nie są stałe, bowiem jak wyżej wskazano może być objęta tylko część rejonu do realizacji koszenia. Inny niż w trakcie utrzymania parków jest sposób zabezpieczania prac, konieczna jest organizacja ruchu, pracownicy do kierowania ruchem, wykorzystywany może być inny sprzęt, inaczej można korzystać z parku maszynowego w pasach i skarpach niż w parkach zatem i koszty realizacji usługi są zgoła inne. Ponadto należy wskazać, że powierzchnia pasów objętych zamówieniem przez ZDM w Gliwicach wynosi łącznie ponad 539 000,00 m<sup>2</sup> (w tym oprócz pasów, rowy, karpki, przyczółki, powierzchnie utwardzone i nieutwardzone), gdzie powierzchnia parków, dla których oferty są przez odwołującego kwestionowane wynosi Park Róż 103 100 m<sup>2</sup> a otoczenie Szybu Prezydent 40 168 m<sup>2</sup>, czyli łącznie 143 268 m<sup>2</sup> co oznacza, że stanowi to 1/5 zakresu Gliwickiego, a jednocześnie stanowi nieskomplikowany, łatwy w utrzymaniu, zadbanej teren parku. Zamawiający wskazuje także, że w prowadzonych wcześniej postępowaniach na utrzymanie pasów drogowych (składanie ofert w kwietniu 2023) oferty również były wyższe w stosunku do ofert złożonych na utrzymanie parków; w tym oferty odwołującego, który za koszenie pasów dał cenę za koszenie w ofercie w wysokości 22 zł/100 m<sup>2</sup>, natomiast za koszenie otoczenia Szybu Prezydent - 18 zł/100 m<sup>2</sup>. Należy także wskazać, że złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Gliwicach oferty przez wykonawcę, były jedynymi ofertami złożonymi na każdą z części i przewyższały kwoty, które zamawiający

zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a mimo to zamawiający zdecydował się na ich wybór (dowód: informacja z otwarcia ofert ZDM Gliwice, *Print Screen* strony z podaniem kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia).

Podsumowując, zdaniem zamawiającego, wszystkie wyżej wskazane okoliczności jednoznacznie wskazują, że wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną kwotę i zgłoszone przez odwołującego zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny są chybione.

Przystępujący podał, iż argumentacja zarzutu jest powielona z poprzedniego zarzutu o rzekomym popełnieniu przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Przypomnieć należy, iż odwołujący poza ogólnym przedstawieniem stanowiska o zaniżeniu poszczególnych cen, nie wskazał, iż w rzeczywistości są one m.in. nierynkowe, a co za tym idzie, że oferta spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny. Odnośnie poszczególnych twierdzeń odwołującego wskazać należy co następuje:

- aktualna oferta wykonawcy aż w 29 pozycjach nie uległa zmianie względem oferty

z 2021 roku. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż zmiany w tym zakresie były potrzebne, jak również tego, iż przyjęte stawki są nierynkowe. Nie wiadomo również o jakich pozycjach mówi odwołujący oraz jaki rzekomy wpływ te pozycje miałyby na wysokość całej oferty.

- oferta złożona przez wykonawcę dla Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach. Sam fakt złożenia innej ceny nie przemawia za tym, iż cena niższa stanowi rażąco niską cenę. W tym zakresie za wystarczające po stronie odwołującego byłoby udowodnienie, iż cena za usługę koszenia trawy do wysokości 4 cm wraz z wygrabieniem, odwozem skoszonej trawy na legalne składowisko i opłatą za składowanie zebranego pokosu w wysokości 11 zł/100 m<sup>2</sup>, jest stawką niemożliwą i nierynkową. Odwołujący nie podjął się jednak jakiegokolwiek próby w tym zakresie. Dodatkowo należy wskazać, iż w rzeczywistości wskazane oferty nie dotyczą tożsamyh usług. Jedna z usług dotyczy bowiem pielęgnacji trawy w parkach przez okres 2 lat, druga natomiast dotyczy „bieżącego utrzymania zieleni w pasach drogowych” przy drogach wlotowych do miasta. Samo miejsce świadczenia usług i ich charakter przemawia za zastosowaniem innej stawki. Koszenie trawy w parkach jest czynnością mniej skomplikowaną, niż koszenie trawy przy drogach wlotowych i pasach drogowych i obwodnicach, która to

z oczywistych względów jest trudniej dostępna. Odwołujący w swoich twierdzeniach odwołuje się do zamówienia pt. „Bieżące utrzymanie zieleni w pasach drogowych miasta Gliwice na rok 2023/2024” Drogi wlotowe do miasta i Obwodnica Zachodnia. Nie ulega zatem wątpliwości,

iż ww. przedmiot prac był zupełnie odmienny od niniejszego przedmiotu zamówienia.

W szczególności dotyczył on koszenia w pasach drogowych, gdzie specyfika robót jest bardziej skomplikowana, występuje duże natężenie ruchu, prace trzeba wykonywać

z uwzględnieniem bezpieczeństwa pojazdów - odpowiednie zabezpieczenie przed uszkodzeniem innych pojazdów, rowerzystów itp. Zwrócić należy uwagę także na budowę terenu, gdzie miało się odbywać koszenie trawy, tj. m.in. pobocza, rowy, skarpy, przyczółki mostowe. To wszystko przełożyło się na inną cenę, przy czym nie można z tego fakty wywieść, iż cena zaproponowana w niniejszym postępowaniu była rażąco niska. Wykonawca dostosował bowiem ceny do skomplikowania i charakteru prac.

- doświadczenie w realizacji prac. Niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego,

iż w jego opinii niewiadomym jest w jaki sposób doświadczenie w realizacji prac umożliwiło wykonawcy dokładniejsze oszacowanie nakładu pracy zarówno zasobów ludzkich jak

i sprzętowych. Rzeczą – wydawałoby się oczywistą, która nie potrzebuje wyjaśnień – zrozumiałą jest to, iż skoro wykonawca obecnie realizuje identyczne prace na tym samym terenie to wie, ile obecnie bieżących kosztów ponosi, tym samym jest w stanie z większą dokładnością oszacować ofertę.

- własny serwis maszyn i sprzętu, warsztat samochodowy, stolarnia oraz własne maszyny. Za niezrozumiałe należy uznać twierdzenie odwołującego, iż posiadanie własnego serwisu jak również własnego sprzętu nie przyczynia się w sposób oczywisty do możliwości zaproponowania korzystniejszej cenowo oferty. Oczywistym jest, iż posiadanie własnego zaplecza gospodarczego, w tym serwisów i maszyn, pozwala na zminimalizowanie kosztów chociażby poprzez brak potrzeby korzystania z usług osób trzecich, a więc uniknięcia marż

i dodatkowych kosztów.

- wykazanie ponoszonych kosztów. Przystępujący wskazał, iż przedłożył w ramach wyjaśnień szereg dokumentów wykazujących ponoszone przez niego koszty wykonywanego obecnie zamówienia, a tym samym uzasadniające przyjęte przez niego koszty w ofercie. Odwołujący pomija przy tym w zupełności przedmiotowe dokumenty i informacje z nich wynikające, przyjmując przy tym argumentację, iż nie są one w jego ocenie „wiarygodne”. Skoro przedłożone przez wykonawcę dowody, w opinii odwołującego są niewiarygodne, to winien to udowodnić. Tymczasem odwołujący poprzestaje jedynie na twierdzeniach, nie udowadniając jednak przy tym, dlaczego w jego opinii zostały one rzekomo sporządzone

w sposób nierzetelny. Konkludując, strona odwołująca się stawia wykonawcy zarzut, iż jego wyjaśnienia były lakoniczne i wyczerpujące. Tymczasem wykonawca dwukrotnie złożył wyczerpujące wyjaśnienia, a nadto przedłożył szereg dokumentów na poparcie swoich twierdzeń.

W sytuacji, gdy zamawiający oceni wyjaśnienia za wystarczające, to odwołujący w takim przypadku musi udowodnić, iż cena oferty jest rażąco niska. W niniejszej sprawie odwołujący w rzeczywistości poprzestał jedynie na zakwestionowaniu dowodów złożonych

w wyjaśnieniach – nie wiadomo jednak z jakich powodów, odwołujący nie oferuje przy tym niczego więcej w tym przedmiocie poza własnymi „wątpliwościami”. Odwołujący w końcu nie wytłumaczył w czym upatruje rażąco niskiej ceny oferty. Nie wskazano chociażby jednego wyliczenia wykazującego, iż dana oferta jest nierynkowa, czy też jest niemożliwa do zrealizowania. Odnośnie braku wskazania takich cen jak koszty administracyjne itp., wskazać należy, iż w wyjaśnieniach wyraźnie wskazano punkt „Koszty Pośrednie”. Odwołujący

w niniejszej sprawie nie zaoferował jakiegokolwiek dowodu ani faktu, przemawiającego za jego twierdzeniami. Jak było już podniesione wcześniej, „za taki fakt – ani tym bardziej dowód – nie można bowiem uznać samej różnicy w cenach ofert. Różnica w cenach ofert jest cechą naturalną istnienia konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Co więcej, gdyby różnicę

w cenach uznać za dowód braku prawidłowej wyceny, a ofertę najdroższą za jedynie miarodajną, oznaczałoby to także, że również oferta odwołującego została niedoszacowana

o 150.000.000 złotych”. Słusznie podnosi się także w orzecznictwie, iż „samo kryterium matematyczne, jak słusznie wskazał również w odwołaniu wykonawca, nie przesądza

o wystąpieniu podstawy do odrzucenia oferty. W ocenie Izby, prezentowane wyliczenia ceny skłaniają do odmiennych wniosków niż sformułowane w odwołaniu i oparte wyłącznie na głośnym stwierdzeniu nierentowności realizacji świadczenia za ceną wskazaną przez (...). Ponieważ różnica w cenie oferty najtańszej do wartości szacunkowej oraz średniej ceny nie wypełniała ustawowego wskaźnika zasadności podejrzenia rażąco niskiej ceny,

a Odwołujący nie przedstawił innych, obiektywnych okoliczności, które mogłyby podważać wycenę świadczenia przez (...), Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny i dokonanie wyboru oferty (...)” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2022 r. KIO 931/22, Legalis).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego, uznając ją za własną, co znosi obowiązek jej powielania. Ponadto Izba wskazuje, co następuje.

Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

W orzecznictwie wskazuje się, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej".

Te dwa pojęcia nie są tożsame (wyrok SO w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., XIX Ga 175/10).

Z literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania

o udzielenie zamówienia powzięto wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 8 maja 2018 r., KIO 769/18).

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 3 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1853/22, Sam fakt istnienia rozbieżności w

zakresie czy to cen oferowanych przez innych wykonawców, czy też odbiegającej od szacunkowej wartości zamówienia, pod warunkiem, że różnica ta nie przekracza 30% - nie dowodzi rażąco niskiej ceny badanej oferty. Nie jest zatem wystarczające wskazanie na obecną sytuację rynkową, odnoszenie się do sporządzonych przez siebie wyliczeń, obrazujących sposób kalkulacji ceny ofertowej przez odwołującego, czy w końcu kwestionowanie doświadczenia danego wykonawcy i wskazywanie na okoliczności, które miały miejsce w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, aby skutecznie zarzut taki podnosić.

Za zamawiającym podnieść należy, iż podniesiona przez odwołującego argumentacja, niezasadna jest z następujących przyczyn:

1) przystępujący potwierdził, że posiada doświadczenie w realizacji prac, co umożliwiło mu dokładne oszacowanie nakładu pracy zarówno zasobów ludzkich jak i sprzętowych. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach określił także (str. 1 wyjaśnień z 8 sierpnia 2023 r.)

i powołał się na *know-how* przydatny do wykonania zamówienia z wieloletniego doświadczenia związanego z realizacją umowy na określonym terenie z tożsamym zakresem. Dobra organizacja pracy, odpowiednie ułożenie i priorytetyzacja zadań połączone z odpowiednim pakietem zamówień pozwala wykonawcom na optymalizowanie kosztów, o czym każdy profesjonalny wykonawca wie, bo w lepszym lub gorszym zakresie to zadanie realizuje. Różnice wynikają ze struktury organizacyjnej przedsiębiorców, przyjętej strategii wyceny cen, różnych środków technicznych, lokalizacji zaplecza itp. Ceny te znajdują się w konwergencji ekonomicznej. Na organizację pracy składa się: planowanie, obsługa dokumentacyjna, obsługa narzędziowa, obsługa materiałowa, rozdzielnictwo pracy, przerwy w pracy, zatem wszystkie istotne elementy, które przy realizowaniu usług mają znaczenie dla zoptymalizowania procesu. Nie można więc uznać, że wartość oferty jest zaniżona, rażąco niska.

2) przystępujący wskazał, że posiada własny serwis maszyn i sprzętu oraz warsztat samochodowy, co daje mu oszczędności z braku potrzeby zlecania napraw zewnętrznych. Wykonawca udokumentował swoje stanowisko dotyczące oszczędności z tytułu posiadania własnego warsztatu. Dowody dołączone do wyjaśnień w postaci kopii umów o pracę jednoznacznie wskazują, że wykonawca posiada pracowników, którzy w umowach mają wpisany szeroki zakres obowiązków; dla przykładu m.in. mechanik sprzętu ogrodniczego, ale oprócz tego ogrodnik terenów zielonych, kierowca samochodu osobowego. Z przedstawionych dowodów wynika, że posiadani przez wykonawcę pracownicy mogą pracować, wykonując różne czynności w zakresie działalności wykonawcy, co z pewnością korzystnie wpływa na koszty pracownicze wykonawcy. W tej sytuacji nietrafne jest twierdzenie odwołującego,

że pracownicy warsztatu są wyłącznie kosztem w sytuacji, gdy nie ma awarii, bowiem pracownicy mogą wówczas wykonywać inne zadania, co powoduje, iż nie stanowią wyłącznie kosztu. Czynnikiem wpływającym na obniżenie kosztów jest fakt posiadania przez wykonawcę własnego warsztatu, który pozwala na ograniczenie czasu napraw do niezbędnego minimum, bez konieczności oczekiwania na terminy naprawy sprzętu w serwisach zewnętrznych. Postój maszyny w oczekiwaniu na naprawę w serwisie zewnętrznym i ewentualna konieczność zapewnienia maszyny zastępczej zdecydowanie wpływają na wzrost kosztów z tytułu upływającego czasu bez realizacji usługi i kosztów maszyny zastępczej, nawet kosztów pracownika, który z uwagi na brak maszyny nie może zarabiać wykonując usługę. W tej sytuacji przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia dot. korzyści z posiadania własnego warsztatu są oczywiste i wystarczające, aby uwiarygodnić oszczędności wykonawcy, które przekładają się na korzystną kalkulację ceny jego oferty (dowód: kopia umowy o pracę przekazana do wyjaśnień przez wykonawcę).

3) przystępujący oświadczył, że posiada własną stolarnię, gdzie produkuje paliki

z materiałów pozyskanych z Państwowego Gospodarstwa Leśnego, co pozwala mu na obniżenie ceny. Odwołujący zgłaszając zarzut nierealnej ceny wykonawcy pominął fakt, który wynika z wyjaśnień wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie, iż własna stolarnia wykonawcy, oprócz możliwości wykonania elementów drewnianych niezbędnych do realizacji zamówienia, może zapewniać pracę dla tej części załogi, która w określonym sezonie ma mniejszą ilość obowiązków do wykonania na realizowanych usługach. Wszechstronność działalności pozwala na optymalizowanie kosztów i gwarantowanie pracy w czasie, kiedy na realizowanych kontraktach zakres działania jest mniejszy. Wykonawca opisując różnorodność swojej działalności wykazał, że jest w stanie obniżyć koszty działalności i dzięki temu oferować swoje usługi w korzystnej cenie.

4) przystępujący wskazał, że zajmuje się sprzedażą drewna oraz drewna opałowego, które odkupuje od zamawiających w ramach realizowanych umów np. od Gminy Zabrze przez co uzyskuje przychód ze sprzedaży drewna. Przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu analiza sprzedaży pozyskanego drewna (str. 20 odwołania) błędnie wskazuje na brak zysku ze strony wykonawcy związanego z jego sprzedażą. Przedstawione w ramach wyjaśnień faktury wskazują, że wykonawca zakupił w Zabrzu łącznie 13,6 m<sup>3</sup> drewna za kwotę 1710,93 zł brutto a sprzedał 6,10 m<sup>3</sup> za kwotę 1087,94 zł brutto, czyli jeszcze nie sprzedał całości drewna. Wyliczając ze zwykłej proporcji przy założeniu, sprzedaży całego zakupionego drewna, wykonawca wypracowałby zysk w wysokości 714,64 zł brutto, który przywołuje w wyjaśnieniach wykonawca.

5) przystępujący wskazał, że posiada nowoczesny park maszynowy, który pozwala mu na obniżenie kosztów,

6) wykonawca - inwestuje w nowoczesne technologie.

Zdaniem Izby, wykonawca składając wyjaśnienia zamawiającemu wskazywał na jego zdaniem istotne elementy, które wpływają u niego w oczywisty sposób na obniżanie kosztów. Nie sposób odnosić się do analizy odwołującego z przywołaniem definicji słownikowej. Wywody odwołującego w żaden sposób nie wpływają na wartość wyjaśnień.

7) przystępujący wyjaśnił, że posiada rabaty u dostawców materiałów, część materiałów nabywa od wspólnika. Zasadą jest, iż każdy z wykonawców składając ofertę, bierze pod uwagę rabaty, które uzyskuje u sprzedawców/kontrahentów z różnego tytułu, np. długoletniej współpracy, ilości zamawianego materiału, terminu płatności lub formy płatności, itp. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach dokładnie udokumentował z jakiego tytułu ma niższe koszty związane z zakupem materiału roślinnego, piasku, cebul. Przedstawił w swoich wyjaśnieniach stosowne dowody na potwierdzenie tych faktów. Nie sposób przyjąć jako zasadnych twierdzeń odwołującego, że Gospodarstwo Plantacyjno-Szkółkarskie nie prezentuje swojej oferty w Internecie i że brak numeru telefonu na ofercie wpływa na jej nieprawidłowość. Dowód, który wykonawca przedstawił w postaci oferty cenowej na cebule kwiatowe z Holandii (sporządzony w języku angielskim a wartość cen została określona

w walucie Euro), zdaniem Izby potwierdza korzystne ceny, jakie uzyskuje wykonawca, który ma prawo wykazać i udowodnić opisane w wyjaśnieniach fakty dowodami, które potwierdzają

i wykażą fakt na jaki został wskazany.

8) przystępujący wskazał, że uzyskał korzystne opłaty za zagospodarowanie odpadów. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach i przedstawionych dowodach wykazał, że posiada korzystne ceny za zagospodarowanie odpadów. Przedstawił fakturę za przyjęcie odpadów 20 02 01 w cenie 220,00 zł netto za tonę, gdzie wg cennika instalacji ceny te są zdecydowanie wyższe i wynoszą wg cenników od 400,00 zł netto za tonę do nawet 1 000,00 zł netto za tonę za odpady o kodzie 20 03 99 (dowód: kopie zatwierdzonych cenników przyjęcia odpadów o kodzie 02 02 01 i 20 03 99).

Wskazana znaczna różnica w cenach uzasadnia korzystniejszy dla wykonawcy transport odpadów do Opoli. Przepisy na to zezwalają, zatem jeżeli wykonawca ma dobrze logistycznie zorganizowane przedsiębiorstwo, to zawożąc jedną część odpadów do Świętochłowic (jako dowody wykonawca przedstawił faktury), to w drodze powrotnej może zabierać odpady

i transportować je do Opoli, co pozwala na oszczędności. Optymalizacja kosztów transportu, paliwa, brak pustych przebiegów niewątpliwie wpływa na optymalizowanie kosztów przedsiębiorcy, w tym w zakresie kosztów przekazywania odpadów na składowiska, co umożliwia wykonawcom składanie ofert z niską ceną.

9) przystępujący wyjaśnił, że posiada własny zbiornik na paliwo o poj. 5 000 litrów. Posiadanie przez wykonawcę własnego zbiornika na paliwo jest jego atutem, wpływa na obniżenie kosztów związanych z niezbędnym czasem dojazdu każdego sprzętu na stację paliw celem zatankowania, koszty przejeżdżanych tras na i ze stacji. Pojazdy tankowane są w bazie i od razu wyjeżdżają na realizację usługi, natomiast paliwo jest dostarczane do wykonawcy jednym transportem; w tej sytuacji nie każdy pojazd oddzielnie musi jeździć po paliwo. Fakt ten skraca czas pracownikom na dojazd do miejsca tankowania. W tym czasie mogą oni zatem wykonywać inne obowiązki; ponadto tankowanie w bazie umożliwia tankowanie pojazdów i sprzętów przez jedną osobę, która może zatankować wszystkie sprzęty.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt. 880/23, w którym Izba wskazała, że okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w cenach nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową.

Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty, co jednak nie zwalnia zamawiającego z dokładnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how* są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, zarzut odwołującego, a w szczególności powołana przez tego wykonawcę argumentacja, która w zdecydowanej większości opierała się na domniemaniach, przewidywaniach i porównaniach nie uzasadniają stawianego zarzutu. Natomiast dowody, na które powoływał się odwołujący (przy piśmie z 12 września 2023 r.),

w istocie albo dotyczą okoliczności niezaprzeczonych przez strony procesu (dowód nr 1: wyciąg z BDO Wykonawcy BILPOL-K. sp. j., dowód nr 5: oferta wykonawcy BILPOL-K. sp. j. z 2021 roku, dowód nr 6: porównanie cen w ofertach

wykonawcy BILPOL-K. sp. j. z 2021 roku oraz 2023 na ten sam zakres zamówienia, dowód nr 7: oferta BILPOL-K. sp. j. złożona w postępowaniu prowadzonym przez ZDM Gliwice), albo stanowią informacje prasowe lub inne powszechnie dostępne (dowód nr 8: wydruk z Wikipedii dot. StreetScooter, dowód nr 12: artykuł prasowy), albo prezentują ceny, jakie otrzymał odwołujący (dowód nr 9: pismo od dostawcy GAZ Petrol, dowód nr 10 i 11: wiadomości mailowe od dostawcy GAZ Petrol z dnia 5 i 6 września 2023 roku) albo stanowią wyciąg z przepisów lub cenników (dowód nr 2: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku, dowód nr 4: wyciąg z Sekocenbud (zeszyt 41/2023 – 3 kwartał 2023 roku) - wyliczenie stawki roboczogodziny z minimalnego wynagrodzenia (strona 11)), albo wyliczenia własne (dowód nr 3: wyliczenie minimalnej stawki kalkulacyjnej w roku 2023). Tym samym *de facto* nie potwierdziły okoliczności powołanych w odwołaniu.

#### 4. Kryterium oceny ofert – nieprawdziwe informacje.

Zamawiający ogłaszając postępowanie postawił w rozdziale VII SWZ warunki udziału w postępowaniu. Określił tam minimalny poziom zdolności, który winien był wykazać wykonawca w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia -

w przypadku Parku Róż (cz. V) wymagano zatrudnienia minimum 12 osób do prac fizycznych. Ponadto dokumentacja przetargowa przewidywała w opisie kryteriów 30% wagę za kryterium kwalifikacji, które wyróżniało kwalifikacje osób posiadających wykształcenie minimum zawodowe ogrodnicze, rolnicze lub leśne. W przypadku braku takich specjalistów oferta otrzymywała 0 punktów, zaś za 4 takie osoby wykonawca otrzymywał 30 punktów.

W formularzu ofertowym w grupie specjalistów przeznaczonych do wykonania prac fizycznych o wykształceniu co najmniej zawodowym ogrodniczym, rolniczym lub leśnym w zakresie części V (Park Róż) wykonawca wskazał 4 osoby – w tym m.in. p. (...). Następnie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 28 lipca 2023 roku potwierdził przedłożonym wykazem osób na załączniku nr 6 do SWZ, że do realizacji zamówienia wyznacza p. (...). Specjalista ten został imiennie wskazany w formularzu oraz w wykazie. W konsekwencji zamawiający przyznał wykonawcy maksymalną liczbę punktów, tj. za 4 osoby posiadające stosowne doświadczenie (uwzględniając pana (...) i 3 inne osoby wskazane w ofercie). Odwołujący wskazuje jednak, że do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z 8 sierpnia 2023 roku wykonawca przedłożył przykładowe umowy o pracę. Wśród nich jest umowa zawarta z panem (...). Umowa ta wiąże jednak wskazanego pracownika z przedsiębiorcą Bilpol K. sp.k. – a zatem umowa ta została zawarta z innym pracodawcą, tj. z Bilpol-K. sp.k. (ul. Sokoła 1, 41-500 Chorzów), a nie z wykonawcą BILPOL-K. sp. j. (Dolnik 1, 42-286 Dolnik). Wykonawca nie przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia mu jakichkolwiek zasobów w tym zakresie, a zatem realnie nie dysponuje on takim pracownikiem, którego wskazał do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego wykonawca nie powinien zatem otrzymać punktów za osobę p. (...). Oznacza to, że wykonawca powinien otrzymać punkty za maksymalnie 3 pracowników wskazanych w formularzu ofertowym, co daje 20 punktów, a nie 30. Tym samym wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w tym zakresie, bowiem wskazał, że dysponuje tym pracownikiem, co jest nieprawdą. Ponadto z treści załączonej umowy wynika, że p. (...), który jak wynika z wykazu osób posiada wykształcenie wyższe leśne nie jest zatrudniony

w spółce jako pracownik fizyczny i nie wykonuje tam takich prac. Z treści umowy o pracę wynika, że jest to pracownik administracyjny, którego miejsce pracy zostało w umowie określone jako (...). Pracownik ten nie jest zatem pracownikiem, który będzie skierowany do prac fizycznych, a tego wymagał zamawiający w treści warunku oraz kryterium. Wykonawca podał zatem nieprawdziwe informacje i wprowadził zamawiającego w błąd. W konsekwencji odwołujący wnosi o odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem mimo że zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd to istnieją instrumenty prawne, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Jak wskazano w orzeczeniu KIO 5/22 – eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy w takiej sytuacji przesłanka odrzucenia zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp związana ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z zarzutem bowiem przystępujący wraz z kopią umowy o pracę pracownika (...) przedłożył dowody w postaci wyciągu z KRS i CEiDG potwierdzające powstanie spółki BILPOL- K. spółka jawna w wyniku przekształcenia spółki BILPOL- K. spółka komandytowa, która powstała z przekształcenia (...). Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 23<sup>1</sup> k.p. przejście zakładu oznacza, że zakład pracy (bądź jego część) przechodzi z posiadania jednego podmiotu (dotychczasowego pracodawcy) w posiadanie kolejnego, który, wskutek tego staje się pracodawcą dla przejętych pracowników. Konsekwencją przejścia jest zmiana pracodawcy i wejście nabywcy w rolę nowego pracodawcy wobec wszystkich przejmowanych pracowników, którzy byli związani

z działalnością przejmowanego zakładu pracy. W przedmiotowej sytuacji przekształcenie pracodawcy, w razie przejęcia zakładu pracy przez inny zakład powoduje, iż staje się on stroną w stosunku pracy z pracownikami przejętego zakładu. Stosunek ten następuje z mocy prawa, a więc nowy zakład nie musi zawierać z pracownikami przejmowanego zakładu

pracy umów o pracę, co potwierdza aktualny nadal wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.09.1990 r., I PR 251/90. Tym samym, zarzut odwołującego w zakresie przekazania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest również chybiony.

Przystępujący, dzieląc stanowisko zamawiającego, dodatkowo wskazał, iż zgodnie z częścią IX SWZ „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU WYBRANKU PODSTAW WYKLUCZENIA ORAZ POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” pkt. 3 ust. 3: zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: „Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług oraz kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; wzór wykazu osób stanowi Załącznik nr 6 do SWZ”.

Tym samym wykonawca był obowiązany do przedłożenia wykazu osób, co też uczynił, tym samym punkty w tym zakresie zostały przyznane w sposób odpowiedni. W żadnym zakresie wykonawca nie był zobowiązany do przedłożenia umów o pracę.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Jak słusznie wskazał zamawiający, przekształcenie firmy przystępującego, z mocy prawa ma bezpośredni wpływ na sytuację podmiotową pracowników, którzy bez obowiązku podpisywania nowych umów o pracę przechodzą bezpośrednio do nowego pracodawcy. Okoliczność, iż dana osoba w umowie o pracę ma wpisany określony zakres obowiązków nie deprecjonuje możliwości powierzenia jej nowych zadań, nowych obowiązków, w przypadku pozyskania nowego zlecenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....