Sygn. akt: KIO 1929/23

WYROK
z dnia 18 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2023 r. przez wykonawcę **„South Stream" S.A., ul. Piaseczyńska 16, Kotorydz, 05-555 Tarczyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łomianki, ul. Warszawska 115, 05-092 Łomianki**

przy udziale wykonawcy **T. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Tombud Firma Handlowo Usługowa T. A., ul. Krótka 4, 05-135 Wieliszew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „South Stream" S.A., ul. Piaseczyńska 16, Kotorydz, 05-555 Tarczyni zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „South Stream" S.A., ul. Piaseczyńska 16, Kotorydz, 05-555 Tarczyntytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 1929/23

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

Gmina Łomianki (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Równanie dróg gruntowych i tłuczniowych z doziarnieniem 2023-2024". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00216346/01.

W dniu 4 lipca 2023 r. wykonawca South Stream S.A. z siedzibą w Kotorydzu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)zaniechaniu odrzucenia oferty wniesionej przez wykonawcę T. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Tombud Firma Handlowo Usługowa T. A. Wieliszewie (dalej: „Tombud"), jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ");

2)zaniechaniu wezwania wykonawcy Tombud do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych elementów składowych oferty (poz. 3 i poz. 4 oferty);

3)dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wniesionej przez wykonawcę Tombud, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu;

4)zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wniesionej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wniesionej w przez wykonawcę Tombud, pomimo że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami SWZ odnośnie wymaganego nią świadczenia polegającego na dostawie destruktu asfaltowego wraz z jego wbudowaniem, a także jego transportu na wskazane przez Zamawiającego drogi, jako że wykonawca ten nie posiadał na termin składania ofert i nadal nie posiada decyzji zezwalającej na prowadzenie tego rodzaju działalności w zakresie wytwarzania, zbierania lub przetwarzania oraz

transportu destruktu bitumicznego, której posiadanie jest konieczne
w całym okresie wykonywania umowy zawieranej w postępowaniu;

b)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wniesionej przez wykonawcę Tombud, pomimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert, jako że podlega odrzuceniu jako niezgodna z SWZ, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

c)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Tombud do wyjaśnień istotnych elementów składowych oferty, tj. poz. 2 i poz. 3 oferty w odniesieniu do zachodzenia wobec nich podejrzenia, że ich wycena jest rażąco niska;

d)w konsekwencji - naruszenie przepisu art. 16 pkt 1) ustawy Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania w odniesieniu do dokonanego wyboru oferty w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1)odrzucenia oferty wniesionej przez wykonawcę Tombud jako niezgodnej z SWZ;

2)wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień odnośnie istotnych elementów składowych oferty w odniesieniu do zachodzenia wobec nich podejrzenia, że ich wycena jest rażąco niska;

3)dokonanie wyboru oferty wniesionej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje.

I. Zarzut sprzeczności oferty z SWZ

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (Rozdz. V SWZ), w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca obowiązany będzie wykonać następujący zakres zamówienia:

1)równanie dróg gruntowych i tłuczniowych,

2)doziarnianie dróg gruntowych i tłuczniowych,

3)wałowanie dróg gruntowych i tłuczniowych,

w okresie od daty zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2024 r., które należy wykonać zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (Rozdz. V SWZ) oraz specyfikacją techniczną odbioru i wykonania robót budowlanych.

Zakres rzeczowy wykonania zamówienia obejmuje, zgodnie z Rozdz. V pkt 3 ppkt 1-3 SWZ:

1)równanie dróg gruntowych i tłuczniowych - ma na celu likwidację wybojów i innych ubytków a także korektę profilu poprzecznego w celu umożliwienia odprowadzenia wody
z korony drogi, materiałem pochodzącym z otoczenia drogi. Roboty należy wykonywać równiarkami. Liczba przejazdów równiarek do uzyskania należytego profilu jest różna i zależna od stopnia zniszczenia nawierzchni, rodzaju podłoża i sposobu równania. Jednostką obmiarową jest m2 równanej drogi.

2)doziarnianie dróg gruntowych i tłuczniowych - ma na celu uzupełnienie lokalnego ubytku, materiałem dostarczonym przez wykonawcę tj. kruszywem dolomitowym o uziarnieniu 0 - 31,5 mm lub destruktem asfaltowym pozyskiwanym z warstwy ścieralnej nawierzchni bitumicznych wraz z jego wbudowaniem. Roboty należy wykonać w zależności od powierzchni uzupełnienia: a) mechanicznie przy wykorzystaniu samochodu samowyładowczego i równiarki z uwałowaniem walcem miejsca uzupełnienia, b) ręcznie poprzez uzupełnienie i wyrównanie ubytku oraz uwałowanie walcem miejsca uzupełnienia.

3)wałowanie - ma na celu zagęszczenie gruntu lub kruszywa. Obejmuje kilkakrotny przejazd walcem o ciężarze min 8 Mg w celu uzyskania właściwego zagęszczenia.

Zamawiający wymagał w pozycji „doziarnienie dróg gruntowych i tłuczniowych" SWZ, by wykonawca zaoferował świadczenie polegające na „dostawie destruktu asfaltowego wraz
z jego wbudowaniem" w ilości 3 tyś. Mg (Formularz ofertowy - załącznik nr 1 do SWZ).

Jak zauważył Odwołujący, z opisu przedmiotu zamówienia (zawartego w Rozdz. V pkt 3 ppkt 2) SWZ, Formularza Ofertowego - zał. nr 1 do SWZ, a także Opisu przedmiotu zamówienia - zał. nr 3 do SWZ oraz „SST Nawierzchnia z destruktu bitumicznego" - zał. nr 6 do SWZ) nie wynika jednoznacznie, czy wykonawca wykonujący zamówienie udzielone
w przedmiotowym postępowaniu powinien pozyskać, dostarczyć oraz wbudować odpady mieszanek bitumicznych

zwanych potocznie destruktem asfaltowym czy też destrukt asfaltowy w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 (Dz. U.
z dnia 30 grudnia 2021 r., poz. 2468) . Zamawiający wskazał, że uzupełnienie lokalnego ubytku ma się odbywać materiałem dostarczonym i wbudowanym przez wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w całości dokumentacji przetargowej obejmującej tak SST, SWZ, jak również kosztorysy i wzór oferty wielokrotnie zamiennie używa określenia „destrukt asfaltowy" lub „mieszanka bitumiczna", co powoduje wątpliwości, o jaki materiał tak naprawdę mu chodzi.

Pomimo tego, zdaniem Odwołującego, dla obu przypadków wykonawca powinien posiadać ważną decyzję na zbieranie lub przetwarzanie odpadów, co wynika z ogólnych przepisów prawa.

Odwołujący podał, że jeśli traktować jako właściwą nazwę materiału „destrukt asfaltowy", to można polegać na definicji zawartej w dyspozycji § 1 punkt 1 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r. (Dz. U. z dnia 30 grudnia 2021 r., poz.2468) co czyniłoby wskazany materiał: „mieszanką mineralno-asfaltową, która w wyniku odzysku odpadów destruktu asfaltowego, po spełnieniu warunków, o których mowa w § 2, utraciła status odpadów destruktu asfaltowego".

Jednakże, traktując jako właściwy zapis „mieszanka bitumiczna" wyczerpujemy definicję zawartą w ustawie o odpadach dla substancji o kodzie 17.03.02 o nazwie rodzaju odpadu:

„Mieszanki bitumiczne inne niż wymienione w 17.03.01"

będącym definitywnie odpadem.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, ze wykonawca powinien mieć ważną decyzję administracyjną pozwalającą co najmniej na zbieranie lub przetwarzanie odpadów, jak również ich transport tak dla materiału będącego odpadem, jak i dla możliwości pozbawienia odpadu jego statusu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, wytwarzanie odpadu, przetwarzanie, transport oraz zastosowanie, a także jego posiadanie wymaga posiadania ważnej decyzji na przetwarzanie lub zbieranie odpadów, w której ujawnione są wskazane kody odpadów wraz z wszelkimi ograniczeniami ilościowymi
i jakościowymi w zakresie ich składowania, zastosowania i przewozu. Materiał o nazwie destrukt asfaltowy jako odpad został wskazany pod nazwą rodzajową: „Mieszanki bitumiczne inne niż wymieniony w 17 03 01" pod kodem 17.03.02.

Odwołujący podniósł, że na dzień złożenia oferty, jak i w dniu wnoszenia odwołania, wybrany wykonawca nie posiada decyzji administracyjnej, której posiadanie niezbędne jest do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest fakt, że każda oferta złożona przez wykonawcę w postępowaniu powinna być zgodna z wymogami SWZ przez cały okres trwania postępowania, tj. od momentu złożenia oferty do momentu zawarcia umowy,
w przeciwnym razie podlega odrzuceniu. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Tombud zadeklarował w ofercie, że wykona cały zakres zamówienia, w tym opisany w Rozdz. V pkt 3 ppkt 2) SWZ i że jego oferta jest zgodna z SWZ, tymczasem nie zaoferował on świadczenia zgodnego z SWZ w odniesieniu tak do destruktu jako przedmiotu rozporządzenia, jak
i destruktu jako odpadu. Zdaniem Odwołującego, wykonawca ten nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia w zakresie doziarniania dróg gruntowych i tłuczniowych z uwagi na nieposiadanie wymaganej prawnie decyzji na wytwarzanie, zbieranie, przetwarzanie
i transport. Jednocześnie wykonawca ten zadeklarował w ofercie, że cały zakres zamówienia wykona samodzielnie, co wyklucza w tym zakresie skorzystanie przez niego
z podwykonawców w odniesieniu do podzlecenia czynności dostawy destruktu asfaltowego lub destruktu bitumicznego wraz z jego wbudowaniem, a także jego transportu na wskazane drogi.

Odwołujący podkreślił, że z SWZ wynika, że wykonywanie przedmiotu zamówienia ma się rozpocząć z dniem zawarcia umowy i trwać nieprzerwanie przez cały okres jej realizacji,
a zatem wykonawca powinien mieć stosowną decyzją przez cały okres realizacji zamówienia jak również dysponować materiałem do wbudowania od pierwszego dnia jej trwania. Odwołujący podał, że otrzymanie decyzji administracyjnej od Marszałka Województwa właściwego w tym zakresie jest procesem długotrwałym i obarczonym wieloma wymaganiami dotyczącymi strony formalnej, finansowej oraz technicznej, co Odwołującemu zajęło ponad 3 lata i wiązało się ze złożeniem zabezpieczenia w wysokości kilku milionów złotych.

Odwołujący wskazał ponadto, że z analizy zapisów zawartych w bazie danych
o produktach i opakowaniach (BDO) wynika, że wybrany wykonawca Tombud nie posiada wpisów o posiadaniu nie tylko decyzji w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów, ale również nie widnieją pozwolenia na ich transport.

Odwołujący zwrócił uwagę, że rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23.12.2021 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów wprowadziło szczegółową procedurą utraty przez odpad o kodzie 17.03.02 („Mieszanki bitumiczne inne niż wymieniony w 17 03 01") statusu odpadu. Dopiero przeprowadzenie tej procedury umożliwia jego wbudowanie jako opisanego w dyspozycji § 1 pkt 1 rozporządzenia materiału, który utracił status odpadu. Wskazano w nim szczegółowo, jakie warunki musi spełnić posiadacz odpadów oraz jakie warunki musi spełniać materiał pozyskiwany z drogi, żeby utracić swój status odpadu. Z analizy wskazanych przepisów wynika, że mieszanka bitumiczna inna niż wymieniona w 17 03 01 może utracić status odpadu, jednakże procedurę musi przeprowadzić posiadacz pozwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów o kodzie 17.03.02, którego wybrany wykonawca nie posiada. Powyższe miało na celu zabezpieczenie finalnych odbiorców materiału przed sytuacją, kiedy w wyniku badania okaże się, że materiał pochodzący np. z frezowania drogi nie spełnia wskazanych w rozporządzeniu warunków i dalej pozostaje odpadem o kodzie 17.03.02 bez prawa do jego przewozu i wbudowania dla podmiotu nie posiadającego decyzji w tym zakresie.

Odwołujący zauważył ponadto, że z art. 14 ustawy o odpadach, który może posłużyć jako pewna wykładnia wynika, że określone odpady przestają być odpadami na skutek poddania ich recyklingowi lub innemu odzyskowi co jednoznacznie na tle definicji z ustawy
o odpadach definiuje kto może tym procesem się zajmować wskazując na konieczność uczestniczenia w tym procesie posiadacza decyzji w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów, a zatem podmiot posiadający decyzję na zbieranie lub przetwarzanie odpadów może poddać recyklingowi lub innemu procesowi odzysku odpad o kodzie 17.03.02 powodując utratę jego statusu.

Na istotę tego problemu po wejściu w życie rozporządzenia Ministra Klimatu
i Środowiska z 23 grudnia 2021 r. zwróciły również uwagę organizacje branżowe oraz przedstawiciele Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Przedstawiciele branży drogowej, jak i GDDKjiA wskazywali na kwestię konieczności posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów w celu przeprowadzenia procedury utraty przez destrukt statusu odpadu. W związku z tym organizacje branżowe oraz GDDKiA skierowały pisma do MKiŚ
w celu wyjaśnienia tych kwestii. W przekazanej interpretacji MKiŚ wskazało, że w celu utraty statusu odpadu niezbędne jest przeprowadzenie odzysku czyli czynności będącej przetwarzaniem odpadów, a to wymaga z kolei odpowiedniego zezwolenia.

Odwołujący zadeklarował, że bez względu na to czy Zamawiający chciał wbudowywać destrukt jako odpad czy destrukt jako materiał, który utracił ten status Odwołujący był i jest
w stanie tego dokonywać w oparciu o posiadane decyzje administracyjne, jak również posiada już, a nie dopiero ma mieć, materiał gotowy do wbudowania bez względu na jego status prawny. Odwołujący stwierdził, że mając na celu dobro mieszkańców, jak również postanowienia SWZ i innych dokumentów Zamawiającego, z których wynika konieczność wbudowywania tego materiału w temperaturach powyżej 15 stopni Celsjusza, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę dostępność u oferentów oczekiwanego materiału na etapie sprawdzania ofert pod względem badania ich zgodności z dokumentacją przetargową, ponieważ w przeciwnym wypadku przyszły wykonawca może w ogóle nie być w stanie zrealizować zamówienia publicznego z uwagi na zmianę temperatur wraz z upływem czasu oraz brak jednolitego rynku na ten materiał.

Odwołujący stwierdził, że oferta wybranego wykonawcy powinna być odrzucona jako niezgodna z SWZ, zgodnie bowiem z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny

W ocenie Odwołującego, zaoferowana przez Tombud wartość materiałów do wbudowania wymienionych w pozycjach 3 i 4 kosztorysu ofertowego jest nierealna i nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Tombud do wyjaśnień odnośnie pozycji 3 i 4 kosztorysu ofertowego, podczas gdy - uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty jego wykonania wraz z zyskiem - ich wycena nie daje możliwości należytego wykonania zamówienia opisanego w tym pozycjach.

Odwołujący wskazał, że analizując pozycję nr 3, tj. „dostawa destruktu asfaltowego wraz z jego wbudowaniem" można stwierdzić, że zaproponowana cena jednostkowa za dostawę destruktu z jego wbudowaniem na poziomie 100 PLN za 1 mg nie gwarantuje w żaden sposób możliwości dostarczenia i wbudowania wskazanego materiału na potrzeby niniejszego postępowania. Jak podał Odwołujący, materiał zwany potocznie destruktem asfaltowym lub inaczej frezowiną wytwarzany jest poprzez frezowanie lub rozkruszanie nawierzchni asfaltowych zlokalizowanych w różnych miejscach, a co za tym idzie, nie istnieje jednolity rynek obrotu wskazanym materiałem. Materiał ten może występować jako odpad o

kodzie 17.03.02. lub jako mieszanka, która utraciła status odpadu. Materiały te są praktycznie w całości wykorzystywane przez podmioty zajmujące się zbieraniem i przetwarzaniem odpadów do produkcji nowych mas bitumicznych bezpośrednio w trakcie budowy konkretnej drogi, co eliminuje praktycznie możliwość obrotu nimi prze inne podmioty.

Odwołujący podał, że średnia stawka za 1 Mg destruktu asfaltowego wynosi obecnie około 75 PLN/mg loko budowa frezowanej drogi. Do wskazanej ceny należy dodatkowo doliczyć transport z miejsca wytworzenia do miejsca wbudowania (Łomianki), co średnio stanowi dodatkowy koszt około 20,00 PLN za 1 Mg, a wskazany materiał należy jeszcze wbudować (ułożyć, zagęścić), jak również udzielić stosownej gwarancji oraz doliczyć godziwy zysk. Zdaniem Odwołującego, nie sposób tego osiągnąć przy cenie 100 PLN/Mg, nawet zakładając, że uda się go pozyskać i przeprowadzić proces utraty statusu odpadu.

Jak podał Odwołujący, zaproponowanie w pozycji 4 stawki w wysokości 100,00 PLN za tonę wbudowanego kruszywa dolomitowego o uziarnieniu grubym 0-31,5 jest również niemożliwe do osiągnięcia na zasadach rynkowych. Bazując na dostępnej powszechnie wiedzy o kamieniołomach wytwarzających dolomitowy materiał kamienny wydobywany w rozsądnej ekonomicznie odległości od Łomianek, należy stwierdzić, że kalkulacja ta jest mało rzetelna. Materiał wskazany w specyfikacji jest sprzedawany jedynie w kilku kopalniach średnio oddalonych od Łomianek o 250 km w jedną stronę, co powoduje, że sam koszt jego transportu wyniesie około 2000 PLN za 26 ton, co daje wartość 76,00 PLN/Mg, nie licząc jego kosztów zakupu.

Dodatkowo, wbudowanie jednej tony kosztuje średnio w województwie mazowieckim 45 PLN za tonę, co już przekracza zaproponowaną przez wykonawcę Tombud kwotę jednostkową. W kwocie tej zmieścić również trzeba by było godziwy zysk oraz ewentualne koszty gwarancji, obsługi, ubezpieczenia, gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej itp. Spółka Odwołującego nawet minimalizując koszty poprzez dostawy pociągowe w jednorazowej dostawie na poziomie 2400 ton nie jest w stanie osiągnąć tej wysokości progu cen.

Zdaniem Odwołującego, zaoferowana w poz. 4 kwota jest mało realna tym bardziej, że znając położenie dróg na terenie Gminy Łomianki, jak również ich parametry, dostawa pojazdem 40 tonowym materiału bez jego przeładunku na mniejsze pojazdy nie będzie w większości wykonalna. Odwołującego zauważył, że nieprzerwanie od 6 lat spotyka się z tym problemem w trakcie realizacji umów z Gminą Łomianki, co rozwiązuje poprzez składowanie kruszyw przywożonych dużymi pojazdami na wynajęte na terenie Gminy place i ich przeładowywanie na mniejsze pojazdy, co buduje dodatkowe koszty, których zdaniem Odwołującego oferent Tombud nie wziął pod uwagę.

W opinii Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień wykazałoby, że oferta Tombud podlega odrzuceniu, jako że ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień wynikałoby, że poz. 3 i poz. 4 oferty zawierają cenę rażąco niską, a wykonawca Tombud nie sprostałby ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu wykazania, że jego oferta nie jest obarczona cena rażąco niską.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Tombud.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Tombud.

Bezsporna w przedmiotowym postępowaniu jest okoliczność, że Zamawiający nie określił jednoznacznie czy wymaga od wykonawcy zastosowania mieszanki bitumicznej jako odpadu czy destruktu asfaltowego, który odpadem nie jest (okoliczność przyznana przez Odwołującego na stronie 4 odwołania). Zamawiający przewidział także możliwość wzmacniania dróg kruszywem dolomitowym o wskazanej frakcji (Rozdział V pkt 3 ppkt 2 SWZ). Zamawiający wyjaśnił,

że dopuszczenie zamiennego stosowania ww. materiałów było zabiegiem celowym i zmierzało do poszerzenia konkurencyjności postępowania. Odwołujący nie kwestionował treści SWZ na właściwym etapie postępowania. Wszelkie twierdzenia na temat nieprawidłowości treści SWZ należy uznać za spóźnione. Wobec powyższego, dopuszczone zostało przez Zamawiającego zastosowanie destruktu, dla którego nie jest wymagane posiadanie stosownej decyzji.

Za kluczową Izba uznała okoliczność, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców posiadania decyzji na zbieranie lub przetwarzanie odpadów (Rozdział VII pkt 2 SWZ). Wobec powyższego, brak jest podstaw do stawiania tego rodzaju wymogów wobec wykonawców na obecnym etapie postępowania, a tym bardziej, brak jest podstaw do wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji nie posiadania uprawnień, których Zamawiający nie żądał.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Tombud do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny poz. 2 i 3 oferty.

Izba zważyła, że cena zaoferowana po negocjacjach przez wykonawcę Tombud jest tylko nieznacznie niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego (Odwołujący –
1 562 100 PLN, Tombud – 1 476 000 PLN). Izba miała również na uwadze, że pomimo reguły dowodowej, o której mowa w art. 537 ustawy Pzp, Odwołujący nie jest zwolniony z choćby uprawdopodobnienia, że wykonawca Tombud powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień. Tymczasem Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut wyłącznie na własnych kalkulacjach, w żaden sposób nie wykazując, że brak jest możliwości skalkulowania kwestionowanych pozycji na niższym poziomie. Dowodu w przedmiotowej sprawie nie mogą stanowić oferty załączone do odwołania, bowiem stanowią one wyłącznie dowód na okoliczność cen, jakie oferuje Odwołujący. Nie dowodzą one jednak, że pozostali wykonawcy mający udział w rynku nie są w stanie wykonać tej części zamówienia za niższe kwoty. Tym samym, Odwołujący nie uprawdopodobnił, że cena zaoferowana przez wykonawcę Tombud w kwestionowanym zakresie jest rażąco niska i powinna podlegać wyjaśnieniu, a wobec braku ustawowych przesłanek do wezwania Tombud do złożenia wyjaśnień, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę
w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……..