



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2025r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: SSO Monika Skalska
Sędziowie: SO Alicja Dziekańska
SO Magdalena Nałęcz
Protokolant: Wiktoria Michałowska

po rozpoznaniu na rozprawie
w dniu 13 marca 2025r. w Warszawie
sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
z udziałem zamawiającego: Gminy Miasto Zabrze
odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółki akcyjnej we Wrocławiu, FCC
Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu
przystępującego po stronie zamawiającego PreZero Service spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Rudzie Śląskiej
ze skargi odwołującego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 13 listopada 2024r., sygn. akt KIO 3592/24

- I. zmienia zaskarżony wyrok i w pkt 1. uwzględnia odwołanie w części i stwierdza naruszenie przez zamawiającego Gminę Miasto Zabrze:
- a) w zarzucie 3) przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - b) w zarzucie 4) przepisów art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - c) w zarzucie 5) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - d) w zarzucie 6) przepisu art.226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - e) w zarzucie 7) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - f) w zarzucie 8) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oddalając zarzuty odwołania w pozostałym zakresie,

a w pkt 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółkę akcyjną we Wrocławiu, FCC Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu w 40% (czterdziestu procentach) zaś zamawiającego Gminę Miasto Zabrze w 60% (sześćdziesięciu procentach) i w pkt 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółkę akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania i w pkt 2.2 zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Zabrze na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółki akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu 10230 zł (dziesięć tysięcy dwieście trzydzieści złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

II. oddala skargę w pozostałym zakresie;

III. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Zabrze na rzecz skarżącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółki akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu 27724 zł (dwadzieścia siedem tysięcy siedemset dwadzieścia cztery złote) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Alicja Dziekańska

Monika Skalska

Magdalena Nałęcz

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Zabrze prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze” o wewnętrznym identyfikatorze BZP.271.27.2024.JP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2024 roku pod numerem publikacji ogłoszenia 381407-2024 oraz numerem wydania Dz.U. S: 124/2024.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, FCC Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PreZero Service Południe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez PreZero Service Południe sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP,
- ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu powyższego:

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

- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i co doprowadziło do uznania, że wykonawca ten – wbrew okolicznościom faktycznym – spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia;
- 3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi, z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji nie umieścił instalacji, które byłyby w stanie przyjąć odpady objęte całym przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu instalacji, które z całą pewnością odpadów objętych postępowaniem nie przyjmą;
- 4) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia PreZero Service Południe sp. z o.o. z postępowania i w konsekwencji zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na to, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć i w niniejszym postępowaniu miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego poprzez w szczególności:
 - wskazanie na liście instalacji takich podmiotów, które nie przyjmą odpadów objętych przedmiotem zamówienia i z którymi PreZero Service Południe sp. z o.o. nie miało zabezpieczonego odbioru odpadów w jakiejkolwiek formie, na dzień składania ofert;
 - składanie konsekwentnych i niezgodnych z prawdą oświadczeń w toku postępowania, w przedmiocie kompletności przedłożonej przez wykonawcę listy instalacji i możliwości przyjęcia przez te instalacje odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a wskazanych na liście instalacji PreZero Service Południe sp. z o.o. w ofercie,

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

- 5) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że po terminie składania ofert doszło do zmiany treści oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane do zagospodarowania odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01;
- 6) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji wskazał instalacje, które nie pozwalają na etapie realizacji zamówienia na zgodne z przepisami ustawy o odpadach zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych;
- 7) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na fakt, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie istotnych składowych ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta PreZero z Service Południe sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U z 2022 roku, poz. 1233 – dalej: u.z.n.k.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na:

– czyn nieuczciwej konkurencji polegający na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. w celu uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom (i) nieprawdziwych informacji w zakresie instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania jako że PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazało w ofercie instalacje, w których nie ma on możliwości zagospodarowania odpadów na etapie realizacji zamówienia oraz (ii) nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej,

gdyż usługa realizowana na rzecz gminy Pyskowice w zakresie wymaganym przez zamawiającego nie ma wartości przekraczającej kwotę 10.000.000,00 zł;

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

- 9) naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w sposób niepozwalający na zaspokojenie zamawiającego z wadium w końcowym okresie terminu związania ofertą;
- 10) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP, art. 16 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę efektywności udzielania zamówień publicznych oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z postępowania.

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

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

Odwołujący wnieśli o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie. Ponadto odwołujący wnieśli o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w dniu 13 listopada 2024 roku w sprawie zarejestrowanej pod sygn. akt KIO 3592/24 po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrzu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Zabrze z udziałem uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej w punkcie pierwszym oddaliła odwołanie, zaś w punkcie drugim kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrzu.

Dokonując ustaleń stanu faktycznego w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący wymaganego doświadczenia. Zgodnie z tym warunkiem:

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

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

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. złożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi:

- 1) usługę pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska” realizowaną w okresie od 1 czerwca 2023 roku do 31 maja 2024 roku na rzecz Miasta Ruda Śląska o wartości 40 394 468,04 zł brutto polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów;
- 2) usługę pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych w granicach administracyjnych Gminy Pyskowice w 2023 i 2024 roku” realizowaną w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2024 roku na rzecz Gminy Pyskowice o wartości wykonanych w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 30 czerwca 2024 roku usług wynoszącej 10 187 925,59 zł brutto polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów.

Wraz z wykazem wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. przedłożył referencje z dnia 31 lipca 2024 roku wystawione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Ruda Śląska oraz referencje z dnia 1 sierpnia 2024 roku wystawione przez Zastępcę Burmistrza Miasta Pyskowice.

Jak relacjonowała Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 2 września 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych i poprosił o:

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

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

Izba ustaliła, że wezwanie nastąpiło w związku z wątpliwościami zamawiającego co do okresu realizacji umowy, którego dotyczyła wskazana wartość usługi realizowanej na rzecz Gminy Pyskowice. Z wykazu usług wynika, iż kwota 10 187 925,59 zł brutto dotyczy okresu realizacji umowy od 1 stycznia 2023 roku do 30 czerwca 2024 roku, zaś z listu referencyjnego wynika, że wartość ta dotyczy „okresu realizacji umowy” (1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2024 roku). Ponadto zamawiający stwierdził, iż zakres usług przewidziany w opisie warunku udziału w postępowaniu obejmuje usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, a zakres usługi realizowanej na rzecz Gminy Pyskowice, wynikający z jej nazwy to „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych”. Pojawiła się zatem wątpliwość co

do wartości usługi referencyjnej w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Kolejno Krajowa Izba Odwoławcza referowała, że w dniu 4 września 2024 roku wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że Gmina Pyskowice w liście referencyjnym z dnia 1 sierpnia 2024 roku wskazała wartość usług zrealizowanych i zafakturowanych określając je omyłkowo jako prace zrealizowane w okresie realizacji umowy, a nie jako prace zrealizowane do dnia 30 czerwca 2024 roku. Ponadto na dzień wystawienia referencji Gmina Pyskowice nie dysponowała raportem miesięcznym z realizacji usługi w miesiącu lipcu 2024 roku, zatem nie mogłaby jednoznacznie wskazać wartości zrealizowanej usługi na dzień 1 sierpnia 2024 roku, stąd wartość usługi wskazanej przez wykonawcę w wykazie usług to kwota 10 187 925,59 zł i obejmuje ona okres realizacji od dnia 1 stycznia 2023 roku do dnia 30 czerwca 2024 roku. Dodatkowo wyjaśnił, że wartość usług zrealizowanych w lipcu 2024 roku to 704 921,67 zł, zatem łączna wartość usługi w okresie realizacji umowy na dzień wystawienia listu referencyjnego, tj. od 1 stycznia 2023 roku do 31 lipca 2024 roku to kwota 10 892 847,26 zł. Na potwierdzenie wykonawca przedłożył kopie części faktur wystawionych na rzecz Gminy Pyskowice.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazał, powołując się na zapisy art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399 z późn. zm.), że zastosowane nazewnictwo „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów” jest tożsame z „odbiozem i zagospodarowaniem odpadów”. W wyjaśnieniach podał:

„Ponadto wyjaśniamy, iż usługa realizowana na rzecz Gminy Pyskowice pomimo zastosowania nazewnictwa „Odbiór, transport i zagospodarowanie [...]” swoim zakresem odpowiada odbiorowi i zagospodarowaniu odpadów. Słowo „transport” zostało wyszczególnione w nazwie zadania w rozumieniu transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów, zatem wyrażenie „odbiór, transport i zagospodarowanie” zastosowane w nazwie umowy z Gminą Pyskowice jest tożsame z wymaganym przez Zamawiającego zakresem „odbioru i zagospodarowania”. Wynika to także z brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Skoro ustawodawca przewidział wariant polegający na udzieleniu łącznego zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów lub zamówienia tylko na odbiór odpadów komunalnych, to usługę o nazwie odbiór, transport i zagospodarowania odpadów komunalnych należy traktować jako usługę odbioru i zagospodarowania odpadów. Zachowując daleko idącą ostrożność pragniemy również doprecyzować, iż wszystkie wskazane w przedłożonym wykazie usługi oraz wartości

wykonanych/wykonywanych usług dotyczą zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.”

Dalej ustalono, że zgodnie z pkt 1.2. formularza ofertowego należało wskazać instalacje, o których mowa w art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Jak wskazała Izba zamawiający w odpowiedzi z 18 lipca 2024 roku na pytanie numer 11 do Specyfikacji Warunków Zamówienia „(...) Czy w formularzu ofertowym należy wskazać nazwy Instalacji Komunalnych dla wszystkich frakcji odbieranych w ramach zamówienia, czy tylko dla zmieszanych odpadów komunalnych?” wskazał, że: „informuje, że należy wykazać nazwy Instalacji Komunalnych dla niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych”.

Przystępujący PreZero Service Południe sp. z o.o. w formularzu ofertowym przedłożył listę instalacji (108 pozycji) na odpady o różnych kodach.

Kolejno Izba podała, że zgodnie z rozdziałem XVII Specyfikacji Warunków Zamówienia „Sposób obliczenia ceny”, cenę oferty należało obliczyć poprzez ustalenie ceny jednostkowej netto za jedną tonę (1 Mg) odpadów poszczególnych frakcji odpadów określonych w pozycjach od 1 do 7 w załączniku C — Kalkulacja ceny. W powyższej cenie należało uwzględnić koszty realizacji wszystkich obowiązków wynikających z umowy (wykonania usługi), tj. zakup i wyposażenie nieruchomości w pojemniki, transportu i zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych, obsługi administracyjnej itp. Następnie dla poszczególnych frakcji odpadów określonych w poz. od 1 do 7 należało obliczyć obowiązującą stawkę podatku VAT i ustalić wartość brutto ceny jednostkowej za 1 Mg. W kolejnym kroku dla pozycji od 1 do 7 należało przemnożyć ustaloną wartość netto 1 Mg przez wskazaną przez zamawiającego szacunkową ilość odpadów, jaką wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować w okresie obowiązywania umowy. Poszczególne wartości należało zsumować określając całkowitą wartość netto, a następnie obliczyć należną kwotę podatku VAT i podać wartość brutto oferty wykonywania usługi w okresie obowiązywania umowy.

Zgodnie z ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej szacunkowa wartość wszystkich pozycji z kalkulacji ceny powiększona o wartość VAT i pomniejszona o 30% wynosiła 89 597 938,51 zł brutto, średnia arytmetyczna cen złożonych ofert (114 715 807,80 zł brutto) pomniejszona o 30% wynosiła 80 301 065,46 zł brutto.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP, wezwał przystępującego PreZero Service Południe sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących

wyliczenia istotnych części składowych ceny, tj. pozycji numer 2 i 4 Kalkulacji ceny, tj. pozycja nr 2 – wynagrodzenie za odbiór odpadów 7 Mg odpadów selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych, pozycja numer 4 - wynagrodzenie za odbiór 7 Mg odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach i wskazał na elementy z art. 224 ust. 3 ustawy PZP, których wyjaśnienia mogą dotyczyć.

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

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

Dalej ustalono, że w dniu 9 sierpnia 2024 roku przystępujący PreZero Service Południe sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w przedmiocie zaoferowanej ceny.

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

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

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

co łącznie dało kwotę 167,66 zł/Mg. Osiągana marża netto wynosiła 32,34 zł.

Dokonane ustalenia faktyczne wskazywały, że wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. szacował średni koszt zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych na poziomie odpowiednio 25,00 zł/Mg w 2025 roku oraz 27,50 zł/Mg w 2026 roku.

Jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza koszt zagospodarowania odpadów w 2025 roku potwierdzony został e-mailową ofertą spółki PreZero Recycling Południe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 6 sierpnia 2024 roku, z kolei na 2026 rok założono podwyżkę na poziomie 10%.

W szczegółowej kalkulacji stawki ofertowej wynagrodzenia za odbiór 1 Mg odpadów selektywnie gromadzonych PreZero Service Południe sp. z o.o. założyło, że:

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

Dало to łącznie koszt w wysokości 981,82 zł/Mg, przy marży na poziomie 83,18 zł/Mg. Wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. założył, że uzyska dodatkowe przychody ze sprzedaży DPR, czyli dokumentów potwierdzających recykling na poziomie 151,66 zł/Mg.

Przechodząc dalej Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XXV Specyfikacji Warunków Zamówienia „Wymagania dotyczące wadium”:

„Zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium na następujących wymaganiach:

1. Zamawiający żąda od Wykonawcy/ów wniesienia wadium w wysokości: 2 400 000,00 PLN zabezpieczającego ofertę na okres od 26.07.2024 r. do 22.11.2024 r.
2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
 - 2) gwarancjach bankowych;
 - 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. 2023 r. poz. 462).
4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego, tj.: ING Bank 25 1050 1230 1000 0023 5387 1185.
 5. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
 6. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, oryginał dowodu ustanowienia wadium należy złożyć w postaci elektronicznej utworzonej przez Gwaranta tj. wystawcy gwarancji/poręczenia.

Uwaga! Wykonawca ma obowiązek dołączenia do oferty plik zawierający oryginał gwarancji ustanowionej w formie elektronicznej.

W Formularzu oferty należy wskazać adres mailowy gwaranta/poręczyciela.

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

- 4) kwota do wysokości, której instytucja będzie zobowiązana,
- 5) określenie okresu ważności poręczenia tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa, przy czym poręczenie o charakterze terminowym nie może zostać odwołane.”

Następnie zgodnie z ustaleniami stanu faktycznego dokonanymi przez Izbę pismem z dnia 22 lipca 2024 roku zamawiający zmienił termin składania ofert na dzień 2 sierpnia 2024 roku godz. 9:00. Zamawiający ustalił termin związania ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 29 listopada 2024 roku. Zamawiający zmienił wymagania dotyczące wadium zawarte w rozdziale XXV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w następującym zakresie: „Zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium na następujących wymaganiach: 1. Zamawiający żąda od Wykonawcy/ów wniesienia wadium w wysokości: 2 400 000,00 PLN zabezpieczającego ofertę na okres od 02.08.2024 r. do 29.11.2024 r.”.

Przystępujący PreZero Service Południe sp. z o.o. wraz z ofertą złożył gwarancję bankowej z dnia 29 lipca 2024 roku wystawioną przez BNP Paribas Bank Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie, w której treści wskazano:

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

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy PZP, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- 2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

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

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

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

W przypadku przesłania żądania w formie testowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu SWIFT bank Beneficjenta powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania wypłaty, a oryginalne żądanie wypłaty zostało przesłane na adres Banku”.

Dokonując rozważań prawnych Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrze za bezzasadne.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzut numer 1, zarzut ewentualny w stosunku do niego oraz zarzut numer 2 tj.:

- zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług w nim wskazanych;

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołujących, iż do warunku określonego w rozdz. VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia nie można zaliczyć:

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

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

Tym samym Izba stwierdziła, że usługa w zakresie odbioru odpadów przez Punkty Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) spełnia wymogi rozdz. VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie podzielił stanowiska odwołujących, jakoby przystępujący, w ramach wykazywania spełniania warunku określonego w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia nie mógł wskazać doświadczenia i wynagrodzenia uzyskanego za realizację usługi w zakresie odpadów budowlanych i rozbiórkowych w BIG-BAG, ani przyjmowania i zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych w PSZOK. W dziale III pkt 4 Szczegółowego Opisu Zamówienia zamawiający określił, jakie rodzaje odpadów w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych obejmuje zamówienie. „W okresie

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

c): odpady z grupy 17:

1. 77 07 07 — odpady betonu oraz gruz betonowy,
2. 77 07 02 — gruz ceglany,
3. 77 07 03 — odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,
4. 7707 07 — zmieszane odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,
5. 7707 80 — usunięte tynki, tapety, okleiny itp.,
6. 7707 82 — inne niewymienione odpady,
7. 770207 — drewno,
8. 770202 — szkło,
9. 770203 — tworzywa sztuczne
10. 17 09 04 -zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 77 09 01, 17 09 02 i 17 09 03;”

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

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

- a) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;
- b) wyselekcjonowanych ze strumienia odpadów komunalnych, a w szczególności odpadów frakcji:
 - papier,
 - metale i tworzywa sztuczne oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,
 - szkło,
 - bioodpady,
 - odpady budowlane i rozbiórkowe do wysokości określonego limitu,
 - odpady wielkogabarytowe.”

Podobnie, w umowie zawartej pomiędzy Gminą Pyskowice a przystępującym, załączonej przez odwołujących jako dowód w sprawie, w § 1 ust. 4 wskazano do odbioru i zagospodarowania

rodzaje odpadów komunalnych, w tym także w zakresie pozostałych odpadów: odpady budowlane i rozbiórkowe.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z tych względów zamawiający prawidłowo uwzględnił część usług dotyczących zagospodarowania odpadów rozbiórkowych i budowlanych w zakresie usług, których świadczeniem przystępujący mógł wykazać swój potencjał techniczny i zawodowy.

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

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe, a także obowiązujące od 1 stycznia 2022 roku nowe brzmienie art. 3 w ust. 2 pkt 6, art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. b, czy art. 6r ust. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednoznacznie przedstawia, iż odpady wytwarzane przez mieszkańców, podczas prowadzonych remontów lokali mieszkalnych, które są gromadzone w workach BIG-BAG i/lub dostarczane do PSZOK należy traktować jak odpady komunalne.

Kolejno Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty o numerach 3, 4, 5 i 6 tj.:

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi, z uwagi na to, że wykonawca na załączonej liście instalacji nie umieścił instalacji, które byłyby w stanie przyjąć odpady objęte całym przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu instalacji, które z całą pewnością odpadów objętych postępowaniem nie przyjmą,
- zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia PreZero Service Południe sp. z o.o. z postępowania i w konsekwencji zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na to, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć i w niniejszym postępowaniu miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,
- zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. w rezultacie wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że po terminie składania ofert doszło do zmiany treści oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane do zagospodarowania odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01,

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

Izba wskazała, że zapisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zobowiązują do wskazania w dokumentach zamówienia wyłącznie instalacji komunalnych, które dotyczą zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 01 tj. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne.

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

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

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

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

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

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

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

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

Następnie Izba uznała za nieuzasadniony zarzut numer 7 odwołania tj. zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na fakt, że złożone przez PreZero Service Południe sp. z o.o. wyjaśnienia w zakresie istotnych składowych ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na fakt, że oferta PreZero Service Południe sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

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

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych,

co uzasadniałoby jej wyjaśnienie na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy PZP. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie dwóch części składowych zaoferowanej ceny, tj. ceny za odpady budowlane i rozbiórkowe oraz ceny za odpady selektywnie odebrane frakcji papier, szkło oraz metali i tworzyw sztucznych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że odwołujący w treści odwołania nie wykazali, że ewentualne zaniżenie dwóch cen jednostkowych powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. W szczególności Izba przyjęła, że odwołujący nie wykazali, o jaką kwotę – w ich ocenie – została zaniżona cena całkowita oferty przystępującego.

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

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

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

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

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

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

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

Co łącznie dało kwotę 167,66 zł/Mg, przy marży ustalonej na poziomie 32,34 zł netto.

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

Odwołujący podnosili, że przystępujący jako dowód na potwierdzenie powyższego złożył e-mailową ofertą spółki PreZero Recycling Południe sp. z o. o. z dnia 6 sierpnia 2024 roku. Na 2026 rok założono podwyżkę na poziomie 10%. W ocenie odwołujących, gdyby cena za zagospodarowanie w kwocie 25,00 zł była realna i faktycznie stosowana pomiędzy spółkami z grupy PreZero, to przystępujący powinien przedstawić fakturę za zagospodarowanie odpadów – tak jak to uczynił w przypadku odpadów o kodzie 15 01 07, a nie jedynie ofertę w postaci zanonimizowanego e-maila.

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

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

Odwołujący w treści odwołania podnieśli ponadto, iż przystępujący nie uwzględnił w wyjaśnieniach ceny jednostkowej innych kosztów, tj. kosztów sortowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych, opłaty marszałkowskiej za umieszczenie odpadów na składowisku oraz kosztów

korzystania z samochodów zero lub niskoemisyjnych. W opinii Izby argumentacja ta nie została jednak przez odwołujących w żaden sposób rozszerzona. Odwołujący ograniczyli się wyłącznie do stwierdzenia powyższych faktów, niemniej jednak nie wskazali, w jaki sposób pominięcie tych elementów wpłynęło na zniżenie ceny jednostkowej przystępującego. Tym samym Izba uznała stanowisko odwołujących za nieuzasadnione.

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

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

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

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

- 95,02 zł/Mg to koszt amortyzacji pojemników do gromadzenia odpadów

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

co dało łącznie koszt w wysokości 981,82 zł/Mg, przy marży 83,18 zł/Mg.

Izba zwróciła uwagę, że odwołujący w treści odwołania nie wskazywali jakoby koszt ten był zaniżony, ale że nie został udowodniony. W opinii Izby, odwołujący nie zakwestionowali pozostałych elementów składających się na przedmiotową cenę jednostkową. Nie wykazali również, jaka – w ich ocenie – stawka za wykonanie usługi zagospodarowania odpadów, jest stawką właściwą i nienoszącą cech rażąco zaniżonej.

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

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

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

Dalej, Izba uznała za nieuzasadniony zarzut numer 8 odwołania tj. zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1, art. 15 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi

na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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

Izba uznała za nieuzasadniony również zarzut numer 9 odwołania tj.: zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, tj. w sposób niepozwalający na zaspokojenie zamawiającego z wadium w końcowym okresie terminu związania ofertą.

Izba ustala, że przystępujący PreZero Service Południe sp. z o.o. wniósł wadium w formie gwarancji bankowej, do czego uprawniał go zarówno art. 97 ust. 7 pkt 2 ustawy PZP, jak i treść rozdziału XXV ust. 3 pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

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

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

Wykaz elementów, jakie powinny zawierać gwarancje bankowe/ ubezpieczeniowe:

- 1) zobowiązanie banku / towarzystwa ubezpieczeniowego do zapłaty sumy wadium w przypadku, gdy zajdą ku temu ustawowe okoliczności, określone w przepisie art. 98 ust. 6 Pzp,
- 2) dokładną nazwę postępowania stanowiącego przyczynę wystawienia gwarancji,

- 3) wskazanie sumy gwarancyjnej,
- 4) wskazanie Zamawiającego, czyli beneficjenta gwarancji/ ubezpieczonego, /Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, ul. Powstańców Śl. 5-7, 41 – 800 Zabrze/,
- 5) wskazanie wykonawcy, czyli zleceniodawcy gwarancji / ubezpieczyciela,
- 6) określenie okresu ważności gwarancji tj. wskazanie terminu, w którym zobowiązanie powstaje oraz wygasa, przy czym gwarancja o charakterze terminowym nie może zostać odwołana.

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

Izba zwróciła uwagę, że zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Przystępujący złożył bankową gwarancję wadialną ważną od dnia jej wystawienia (tj. 29 lipca 2024 roku) do dnia 29 listopada 2024 roku. Zdaniem Izby wskazany w gwarancji okres jej ważności obejmuje termin składania ofert, zatem czyni zadość zarówno wymaganiu wskazanemu w art. 97 ust. 5 ustawy PZP jak i w rozdziale XXV ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

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

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieuzasadniony zarzut numer 10 odwołania czyli zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 art. 17 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę efektywności oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez

wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Jak wskazali sami odwołujący w treści odwołania, powyższy zarzut jest konsekwencją zarzutów o numerach 1-9. W sytuacji, w której zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, również i zarzut wskazany w punkcie 10 należy uznać za nieuzasadniony i podlegający oddaleniu.

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

Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżyli w całości odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. oraz FCC Śląsk sp. z o.o. podnosząc zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, a to:

1.1. art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach w zw. z art. 3 ust. 2 pkt. 4, 5 i 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,

ewentualnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu powyższego:

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

poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie skutkujące zaakceptowaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający, wbrew wskazanym przepisom ustaw, zaniechał odrzucenia oferty, złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., podczas gdy:

- oferta złożona przez tego wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, albowiem wykonywana przez tego wykonawcę usługa - wskazana w wykazie usług stanowiącym załącznik do oferty - polegająca na

odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z terenu Gminy Pyskowice, połączona była z prowadzeniem punktu selektywnego zbierania odpadów (PSZOK), a zatem nie może być uznana za tożsamą z ww. warunkiem udziału w postępowaniu,

- Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał się niemniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanymi, o łącznej wartości minimum 40.000.000,00 zł (każda o wartości minimum 10.000.000,00 zł) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegającymi na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, w tym, w przypadku usługi nadal wykonywanej, Wykonawca nie wskazał spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu w zakresie części usługi już wykonanej, albowiem wartość usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów (bez uwzględnienia wynagrodzenia PreZero Service Południe sp. z o.o. za prowadzenie PSZOK) nie spełnia kryterium minimalnej wartości 10 000 000 zł,
- Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, albowiem do wartości usługi nadal wykonywanej, polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gminy Pyskowice PreZero Service Południe sp. z o.o. doliczono wartość wynagrodzenia za odbiór odpadów niebędących odpadami komunalnymi, tj. odpadów budowlanych i rozbiórkowych, podczas gdy zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6a i pkt 7 ustawy o odpadach odpady budowlane i rozbiórkowe nie stanowią odpadów komunalnych,

1.2. art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie oraz art. 3 ust. 2 pkt. 4, 5 i 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez jego błędne niezastosowanie, co doprowadziło Krajową Izbę Odwoławczą do nieprawidłowej, sprzecznej z przepisami prawa interpretacji określonego przez Zamawiającego - w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia - warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie uznania, że zgodnie z art. 3 ust 1 pkt 2 ustawy o odpadach przez pojęcie gospodarowanie odpadami należy rozumieć m.in. „zbieranie, transport lub przetwarzanie odpadów”, w związku z czym uznano, że pojęcia: „gospodarowanie odpadami” oraz „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych” są tożsame, co spowodowało błędne uznanie przez Izbę, że prowadzenie punktu PSZOK zalicza się do usług, których wykonanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy:

- definicja gospodarowania odpadami określona w art. 3 ust 1 pkt 2 ustawy o odpadach jest pojęciem szerokim, obejmującym swoim zakresem bardzo zróżnicowane działania związane z gospodarką odpadami i w kontekście realizacji zadań gminy (zamówień publicznych), powinno być interpretowane z uwzględnieniem przepisów szczególnych, a to art. 3 ust. 2 pkt. 4-6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który rozróżnia jako odrębne działania w zakresie gospodarowania odpadami: realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz tworzenie PSZOK-ów, które zapewniają przyjmowanie odpadów komunalnych,
 - Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego przedstawił rozszerzającą interpretację sformułowanego przez siebie warunku udziału w postępowaniu, wskazując, iż przez odbiór i zagospodarowanie odpadów należy rozumieć wszelkie czynności dotyczące gospodarowania odpadami, natomiast w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w dniu 2 września 2024 roku wezwał wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych w zakresie tego, czy wartość objętej referencjami Gminy Psykowice, gdyż stwierdził, iż zakres usług przewidziany w opisie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia to usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych a zakres usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu usług, wynikający z jej nazwy to „odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych”, a tym samym Zamawiający wyraził wątpliwość, co do wartości usług wykonanych przez PreZero Service Południe sp. z o.o. dla Gminy Pyskowice z uwagi na potencjalną odrębną wycenę usługi „transportu” i to pomimo tego, iż art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach wprost wskazuje transport odpadów jako element gospodarowania odpadami, co potwierdza, iż Zamawiający traktował warunek udziału w postępowaniu ściśle z jego literalnym brzmieniem, wyłącznie jako odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 1.3. art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 6a oraz pkt 7 ustawy o odpadach poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło Krajową Izbę Odwoławczą do zaakceptowania dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. w oparciu o nieprawidłową, sprzeczną z przepisami prawa interpretację warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, a mianowicie uznanie, że wartość usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych

powinna być uwzględniona przy ustalaniu wartości usług wykonanych przez PreZero Service Południe sp. z o.o. na rzecz Gminy Pyskowice, podczas gdy:

- z literalnej wykładni wskazanego przepisu wprost wynika, że odpady te nie są odpadami komunalnymi, w związku z tym nie może budzić wątpliwości, iż wartość usług w zakresie odbioru i zagospodarowania tych odpadów nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania przez PreZero Service Południe sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu;
- sprzeczna z definicją legalną pojęć - „odpady komunalne” i „odpady budowlane i rozbiórkowe” - interpretacja warunków udziału w postępowaniu skutkuje brakiem przejrzystości postępowania i skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

1.4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło Krajową Izbę Odwoławczą do:

- zaakceptowania zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybrania jej jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na to, że wykonawca na załączonym do oferty wykazie instalacji, nie wskazał instalacji, które byłyby w stanie przyjąć do zagospodarowania odpady objęte zamówieniem, przy jednoczesnym wskazaniu instalacji, które, co wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z pewnością nie zagospodarują tych odpadów,

oraz

- sprzecznego z ww. przepisami ustalenia, że wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. nie był zobowiązany do składania listy instalacji dla odpadów o kodach innych niż 20 03 01 oraz że fakt złożenia takiej listy pozostaje bez wpływu na czynności oceny i badania ofert w postępowaniu,

pomimo że:

- ustawowy obowiązek wskazania wykazu instalacji, wbrew stanowisku prezentowanemu przez Krajową Izbę Odwoławczą, dotyczy instalacji, które zagospodarowują wszystkie frakcje odpadów, nie zaś tylko instalacji komunalnych - wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie wykonawcy - tj. zagospodarowujących odpady o kodzie 20 03 01 - niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,

- obowiązek wskazania przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości wykazu instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot ten będzie przekazywał odebrane odpady, zgodnie z wykładnią celowościową przepisu art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, obejmuje wszystkie instalacje, nie tylko instalacje komunalne, natomiast jedynie w przypadku niewielkich ilości odpadów odebranych selektywnie, możliwe jest wskazanie podmiotu odbierającego odpady. W świetle powyższego unormowania obowiązek wskazania wykazu instalacji nie może być interpretowany jako czynność pozorna, polegająca jedynie na wymienieniu instalacji, które zgodnie z posiadanymi decyzjami mają zezwolenie na przetwarzanie danej frakcji odpadów. Wykaz instalacji, w których wykonawca będzie zagospodarowywał odpady musi odzwierciedlać rzeczywistą możliwość przekazania odpadów do zagospodarowania, albowiem ma on na celu zapewnienie zamawiającemu możliwości weryfikacji, czy wykonawca będzie realizował zamówienie zgodnie z przepisami prawa, zapewni prawidłowe zagospodarowanie odpadów, a także, czy faktycznie wykonawca zapewnił sobie możliwość realizacji zamówienia poprzez „zabezpieczenie mocy przerobowych” do zagospodarowania odpadów objętych zamówieniem;
- interpretacja przepisu przeprowadzona przez Krajową Izbę Odwoławczą, która sankcjonuje sprzeczne z prawem działanie zamawiającego jest całkowicie nieuprawniona, a jej konsekwencją jest umożliwienie wykonawcom przedstawiania pozornego wykazu instalacji, bez zapewnienia możliwości przekazywania odebranych odpadów, a w konsekwencji powstanie ryzyko niezgodnego z prawem gospodarowania odpadami; interpretacja taka sprawia również, iż powstały dla ochrony Zamawiającego przepis nakazujący wskazanie miejsca zagospodarowania odpadów staje się przepisem martwym i zupełnie zbędnym gdyż brak jego przestrzegania lub pozorowanie jego przestrzegania poprzez podawanie listy instalacji z wyszukiwarki internetowej w żaden sposób nie zabezpiecza Zamawiającego ani w zakresie zgodnego z przepisami o ochronie środowiska zagospodarowania odpadów, ani w zakresie kontroli realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę, a samemu wykonawcy pozorującemu realność takiego wykazu nie grożą za to żadne sankcje,
- jeżeli Wykonawca złożył w postępowaniu oprócz oferty inne 130 dokumenty, w tym wyjaśnienia oraz inne niewymagane dokumenty, stanowią one element jego oferty, w związku z czym zamawiający jest obowiązany badać wszystkie okoliczności, o których

powziął w ten sposób wiedzę, a które wzbudzają wątpliwości, co do zgodności oferty z warunkami zamówienia,

- 1.5. art. 226 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP, poprzez zaakceptowanie, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. z postępowania i w konsekwencji zaniechał uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na to, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, a w szczególności poprzez wskazanie na liście instalacji takich podmiotów, które nie przyjmą odpadów objętych zamówieniem, i z którymi PreZero Service Południe sp. z o.o. na dzień składania ofert nie miało zabezpieczonego w jakiegokolwiek formie odbioru odpadów;
- 1.6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaakceptowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybrał ją jako najkorzystniejszą, pomimo że po terminie składania ofert doszło do zmiany treści oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane do zagospodarowania odpady biodegradowalne o kodzie 20 02 01, albowiem w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wobec pozyskania przez Zamawiającego informacji o braku możliwości zagospodarowania odpadów o tym kodzie w instalacji prowadzonej przez FCC Śląsk sp. z o.o., wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazał, że odpady będzie zagospodarowywać w instalacji prowadzonej przez Best - Eko sp. z o.o., a tym samym ograniczył wykaz instalacji w stosunku do pierwotnie wskazanego w ofercie, albowiem ze złożonych w dniu 20 sierpnia 2024 roku wyjaśnień wynika, że PreZero Service Południe sp. z o.o. nie będzie w ogóle przekazywało odpadów do wskazanej w wykazie instalacji FCC Śląsk;
- 1.7. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaakceptowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. i w rezultacie wybrał ją jako najkorzystniejszej, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na to, że wykonawca nie zapewnia możliwości zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych wymienionych przez Zamawiającego w OPZ, co wynika zarówno z braku wskazania przez PreZero Service Południe sp. z o.o. wykazu instalacji, które zapewniają możliwość zagospodarowania tych odpadów zgodnie z prawem, jak również z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazał wyłącznie koszty związane z

zagospodarowaniem odpadów o kodzie 17 01 01 i 17 01 07, gdy tymczasem zgodnie z warunkami zamówienia obowiązkiem wykonawców jest zagospodarowanie odpadów z grupy 17 o kodach: 17 01 01 - odpady betonu oraz gruz betonowy, 17 01 02 - gruz ceglany, 17 01 03 - odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia, 17 01 07 - zmieszane odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów, 17 01 80 — usunięte tynki, tapety, okleiny itp., 17 01 82 - inne niewymienione odpady, 17 02 01 - drewno, 17 02 02 - szkło, 17 02 03 - tworzywa sztuczne, 17 09 04 - zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03;

- 1.8. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na:
- stwierdzeniu, że części składowe ceny wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. nie mają przymiotu istotności, w związku z czym oferta nie mogła podlegać odrzuceniu, gdy tymczasem wykonawca został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zatem Zamawiający uznał, iż części składowe tej ceny są istotne,
 - pominięciu okoliczności, iż wykonawca na wezwanie zamawiającego jest zobowiązany złożyć wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zaś złożone w niniejszym postępowaniu przez PreZero Service Południe sp. z o.o. wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów z tworzyw sztucznych;
 - zaakceptowaniu wadliwej oceny przez zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. w związku z tym, iż wyjaśnienia nie zawierały uzasadnienia ceny ani dowodów na poparcie twierdzeń i obliczeń wykonawcy;
 - zaakceptowaniu, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, zaś wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. nie udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zgodnie z treścią wezwania i przepisów Prawa zamówień publicznych, czym nie obalił ustawowego domniemania;
- 1.9. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaakceptowanie, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na:

- czyn nieuczciwej konkurencji polegający na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. w celu uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom (i) nieprawdziwych informacji w zakresie instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania jako że PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazało w ofercie instalacje, w których nie ma on możliwości zagospodarowania odpadów na etapie realizacji zamówienia oraz (ii) nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, gdyż usługa realizowana na rzecz gminy Pyskowice w zakresie wymaganym przez zamawiającego nie ma wartości przekraczającej kwotę 10.000.000,00 zł;
 - czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom przez sprzedaż usług poniżej cen rynkowych i poniżej kosztów ich świadczenia, w szczególności w zakresie ceny za zagospodarowanie tony odpadów budowlanych i rozbiórkowych, którą wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. określił na kwotę 25 zł, przy czym jest to cena oferowana wyłącznie pomiędzy podmiotami należącymi do tej samej grupy kapitałowej PreZero i to jedynie na potrzeby niniejszego postępowania, albowiem z przedłożonych przez skarżących dowodów jasno wynika, iż PreZero Service Południe sp. z o.o. w innych postępowaniach oferuje zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych za ceny wielokrotnie wyższe niż w niniejszym postępowaniu;
- 1.10. art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, pomimo wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o., który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, którego oferta nie spełniała warunków postępowania oraz który poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, a także poprzez zaakceptowanie dokonania wyboru oferty PreZero Service Południe sp. z o.o. niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Skarżący zarzucili także naruszenie przepisów postępowania mających wpływ na treść orzeczenia:

- 2.1. art. 542 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego, w szczególności dokumentów, z których wynika zakres

przedmiotu umowy zawartej pomiędzy PreZero Service Południe sp. z o.o. a Gminą Pyskowice oraz wartość wykonanych przez PreZero Service Południe sp. z o.o. poszczególnych kategorii usług składających się na ten przedmiot umowy;

- 2.2. art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 531 ustawy PZP poprzez pominięcie dowodów mających istotne znaczenie dla rozpoznania sprawy, w szczególności dowodów świadczących o tym, iż wykaz instalacji załączony przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. do oferty jest pozorny, albowiem wykonawca ten nie ma możliwości, aby w toku realizacji zamówienia zagospodarować odpady objęte zamówieniem we wskazanych przez siebie instalacjach;
- 2.3. art. 542 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na:
- sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenie dowodów przedłożonych przez skarżących w celu wykazania rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. w zakresie istotnych jej elementów składowych, a to ceny za odbiór i zagospodarowanie selektywnie odebranych frakcji tworzyw sztucznych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych, a także w celu wykazania, iż wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. nie sprostął udzieleniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności nie udowodnił, iż składniki ceny co do których został wezwany przez Zamawiającego nie są rażąco niskie;
 - sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenie materiału dowodowego, a w szczególności dokumentów - wezwania wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, w zakresie w jakim Izba ustaliła, że:
 - zamawiający wzywał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jedynie w odniesieniu do odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach typu BIG-BAG
 - w workach typu BIG-BAG znajdują się wyłącznie odpady o kodach 17 01 01 i 17 01 07,

w związku z czym PreZero Service Południe sp. z o.o. nie był zobowiązany do wyjaśnienia w zakresie odpadów o innych kodach z grupy 17, podczas gdy zgodnie z OPZ wszystkie odpady budowlane i rozbiórkowe odbierane są od mieszkańców w workach typu BIG-BAG, a zatem wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczyło wszystkich odpadów z grupy 17, zwłaszcza, że - jak wynika z materiału dowodowego złożonego do akt sprawy przez skarżących - w workach typu BIG-BAG znajdują się odpady o zróżnicowanej morfologii, tj. o różnych kodach.

W konsekwencji na skutek błędnej oceny dowodów, Izba dopuściła się błędu w ustaleniach faktycznych, poprzez ustalenie, że wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. w sposób prawidłowy i wyczerpujący udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego - zarówno dokumentów postępowania, jak i dowodów złożonych do akt sprawy przez skarżących, nie pozwala na poczynienie takich ustaleń.

2.4. art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez nieuwzględnienie odwołania, mimo naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania;

2.5. art. 559 ust. 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku bez wskazania faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Skarżący zaprezentowali także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, wbrew treści materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, iż:

3.1. skarżący nie wykazali, iż istotne części składowe ceny zaoferowanej przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. są rażąco zaniżone, podczas gdy skarżący przedstawił dowody wskazujące na:

- rzeczywiste koszty związane z zagospodarowaniem odpadów budowlanych i rozbiórkowych, w tym koszty zagospodarowania tych odpadów wskazywane przez PreZero Service Południe sp. z o.o. w ofertach składanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia;
- rzeczywiste koszty związane z zagospodarowaniem odpadów z tworzyw sztucznych, z których wynika, że ceny zaoferowane przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu są rażąco zaniżone;

3.2. wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zgodnie z treścią wezwania zamawiającego oraz zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, a w szczególności wykazał, iż istotne części składowe zaoferowanej ceny nie są rażąco zaniżone, podczas gdy PreZero Service Południe sp. z o.o. nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny dowodów na poparcie swoich głosłownych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach, w szczególności dowodów uzasadniających wskazaną w ofercie cenę oraz dowodów potwierdzających, iż nie jest ona rażąco niska;

3.3 wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty, w której zaoferował cenę za zagospodarowanie odpadów

budowlanych i rozbiórkowych w wysokości, wielokrotnie niższej niż w ofertach składanych przez PreZero Service Południe sp. z o.o. w innych postępowaniach, przy czym wykazując podstawy ustalenia ceny przedłożył jako dowód jedynie wydruk zanonimizowanego e-maila z dnia 6 sierpnia 2024 roku, odnoszącego się do ustalenia warunków cenowych oferowanych przez podmiot z tej samej grupy kapitałowej, określających cenę zagospodarowania odpadów budowlanych na kwotę 25,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 581 ustawy PZP skarżący wnieśli o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w całości poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej następstwie wykluczenie wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy;
2. ewentualnie, w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia wydania przez Sąd orzeczenia w niniejszej sprawie, gdy umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego;
3. przeprowadzenie rozprawy w celu rozpoznania skargi;
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazywanych przez skarżących na etapie postępowania odwoławczego, pominiętych przez Krajową Izbę Odwoławczą jako nieprzydatnych dla rozstrzygnięcia istoty sporu;
5. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 575 ustawy PZP;
6. zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżących zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i kosztów uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od skarżących na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający poinformował, że w dniu 2 stycznia 2025 roku zawarł z przystępującym PreZero Service Południe sp. z o.o. umowę numer CRU/1/2025 w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze” i umowa jest wykonywana.

Uczestnik postępowania PreZero Service Południe sp. z o.o. podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w postępowaniu przed Izłą. Ponadto w pełni poparł stanowisko przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę. Mając powyższe na uwadze, uczestnik wniósł o:

- 1) pozostawienie bez rozpoznania zarzutów 1.1., 1.2., 1.3, 1.4., 1.8. i 1.10 skargi, jako niedopuszczalnych w myśl art. 583 ustawy PZP;
- 2) oddalenie w całości skargi;
- 3) zasądzenie od skarżących na rzecz uczestnika PreZero Service Południe Sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według zestawienia, które zostanie złożone na rozprawie, a w przypadku gdyby takie zestawienie nie zostało złożone, o zasądzenie zwrotu tych kosztów, według norm przepisanych, na podstawie art. 107 zd. 3 k.p.c. w zw. z art. 589 § 1 ustawy PZP.

Na rozprawie skargowej przed Sądem Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2025 roku skarżący doprecyzowali stanowisko w sprawie wnosząc o stwierdzenie naruszenia następujących przepisów: art. 239 ust. 1 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach oraz art. 3 ust. 2 pkt 4, 5 i 6 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ewentualnie naruszenia art. 128 ust.1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach i art. 3 ust. 2 pkt 4, 5 i 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, art. 3 ust. 1 pkt 6A i pkt 7 ustawy o odpadach, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, art. 226 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy PZP, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 16 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i art. 223 ust. 1 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k., art. 239 ust. 1 ustawy PZP, w związku z art. 16 ustawy PZP i art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

Także na rozprawie w dniu 13 marca 2025 roku Sąd Okręgowy Sąd postanowił przyjąć w poczet materiału dowodowego dokument w postaci pisma Prezydenta Miasta Zabrze z dnia 4 marca 2025 roku wraz z załącznikiem, a załączonych do pisma procesowego skarżących z dnia 11 marca 2023 roku, jak również przyjąć w poczet materiału dowodowego dokument złożony w dniu 13 marca 2025 roku na rozprawie skargowej przez zamawiającego datowany na dzień 2 stycznia 2025 roku a wskazujący na uzupełnienie wykazu instalacji, do których przekazywane są odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:

W ocenie Sądu Okręgowego skarga wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrzu w znacznej części zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odnieś się do twierdzeń, które pojawiły się w odpowiedzi na skargę uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o. wskazujących, że część zarzutów skargi tj. zarzutów o numerach 1.1., 1.2., 1.3, 1.4., 1.8. i 1.10, nie powinna być rozpoznawana przez Sąd Zamówień Publicznych z uwagi na to, że nie było ich w odwołaniu. Z tak skonstruowanym stanowiskiem Sąd Okręgowy nie zgodził się.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż zarówno Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jak i Sąd Zamówień Publicznych nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 555 ustawy PZP oraz art. 583 ustawy PZP). Dodatkowo w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 582 ustawy PZP).

Powyższe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecnicze (Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu. Istotnym jest, że treść zarzutów należy odczytywać łącznie z uzasadnieniem faktycznym i twierdzeniami odwołania.

Izba zatem nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (*wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2022 roku, sygn. akt KIO 2217/22*). Te okoliczności faktyczne są de facto podawane ze szczegółami w uzasadnieniu odwołania – tak jak w niniejszej sprawie. Zarzut bowiem sformułowany powinien być w sposób zwięzły. Jego szczegółowe uzasadnienie zaś powinno znaleźć się w dalszej części pisma (*P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 516*).

Odwołujący – aktualnie skarżący właśnie w uzasadnieniu odwołania wskazali na okoliczności faktyczne łączące się z naruszeniem przepisów, które wskazali w pierwszej części odwołania, wskazując zarzuty w sposób zwięzły zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP („Odwołanie zawiera zwięzłe przedstawienie zarzutów”).

Po wnikliwej analizie odwołania i skargi przez Sąd Okręgowy stwierdzić należało, że odwołanie i skarga zostały zredagowane w odmienny sposób. W odwołaniu bowiem same zarzuty napisane zostały zwięźle, natomiast uzasadnienie ich znajdowało się w dalszej części pisma stanowiącego odwołanie. Tymczasem w skardze bezpośrednio pod zarzutami znalazło się ich częściowe uzasadnienie, rozwinięcie – a więc wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy PZP). Natomiast okoliczności stanowiące zdaniem odwołujących (obecnie skarżących) przejaw naruszenia wskazywanych przez nich przepisów były te same w odwołaniu i skardze.

Zarzut numer 1.1. skargi stanowił odzwierciedlenie zarzutu 1 i 10 odwołania oraz ich uzasadnienia.

Z kolei zarzut numer 1.2. – stanowił uzasadnienie zarzutu numer 1, wskazane w nim bowiem przepisy były powołane przez odwołujących/skarżących jako podstawa interpretacji warunków udziału w postępowaniu, natomiast w skardze wykonawcy zakwestionowali sposób ich interpretacji przez zamawiającego oraz Izbę.

Podobnie jak w przypadku wcześniej opisanych zarzutów w odniesieniu do zarzutów 1.3. i 1.4. skargi stwierdzić należy, iż po prostu zostały one w inny sposób zredagowane w odwołaniu i skardze. Co prawda w skardze od razu znajduje się w zarzutach odniesienie do konkretnych przepisów ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, niemniej jednak zauważyć należy, że w odwołaniu skarżący wskazywali na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi.

Także zarzut 1.8. skargi odpowiada zarzutowi 7 odwołania, zaś zarzut 1.10. skargi odpowiada zarzutowi 10 odwołania – czytany łącznie z uzasadnieniem zawierającym wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych.

W rezultacie Sąd Okręgowy nie uwzględnił stanowiska zawartego w odpowiedzi na skargę uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o., iż w skardze zostały zawarte inne zarzuty niż były w odwołaniu. W ocenie Sądu Okręgowego są to te same zarzuty.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów skargi Sąd Zamówień Publicznych wskazuje, że zarzuty 1.1., 1.2., 1.3. oraz 2.1. skargi, odpowiadające zarzutom 1 i 2 odwołania dotyczące warunku udziału w postępowaniu nie zostały uwzględnione. Sąd Okręgowy w tym zakresie w całości podziela ocenę dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą w skarżonym wyroku.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący przedstawiali bezpodstawną interpretację warunku, rozszerzając jego wymogi o warunki, które nie zostały wskazane literalnie w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Dla usystematyzowania wskazać należy, że sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący wymaganego doświadczenia był umiejscowiony w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zgodnie z tym warunkiem zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się nie mniej niż dwiema wykonanymi usługami, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanymi, o łącznej wartości minimum 40.000.000,00 zł (każda o wartości minimum 10.000.000,00 zł) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, polegającymi na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych.

Interpretacja przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu forsowana przez skarżących byłaby niezgodna z literalnym brzmieniem warunku, naruszając przy tym ustaloną przez orzecznictwo zasadę interpretowania warunku udziału w postępowaniu na korzyść wykonawcy.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Zamówień Publicznych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem, a więc także warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia, czego wymaga zamawiający, wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w Specyfikacji Warunków Zamówienia kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego). W przypadku jednak sporu pomiędzy wykonawcami i zamawiającym dotyczącego sposobu rozumienia wymagań określonych przez zamawiającego, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odcodowaniu treści zawartej w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania

postanowieniom Specyfikacji Warunków Zamówienia znaczenia, które prowadziłyby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 ustawy PZP (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2023 roku, sygn. akt KIO 2445/23*).

Nie jest bowiem rolą wykonawców domyślać się, co zamawiający miał na myśli. Jeżeli wykładnia może prowadzić do ustalenia kilku wersji warunku udziału w postępowaniu, za obowiązującą powinna być uznana ta najkorzystniejsza dla wykonawcy. „W przypadku gdy sporny warunek udziału w postępowaniu został tak skonstruowany, że nie pozwala na jednoznaczną wykładnię pozwalającą przyznanie pełnej racji jednej bądź drugiej stronie sporu, to zastosowanie się przez wykonawcę (przystępującego) do przyjętej przez niego wykładni nie może obciążać go negatywnymi skutkami w sytuacji, gdy inny uczestnik postępowania dokona odmiennej wykładni warunku” (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 roku, sygn. akt KIO 1236/19*).

Rozumienie warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia prezentowane przez skarżących bezpodstawnie rozszerza go poprzez wykreowanie nadmiarowego wymagania od wykonawcy, który nie wynika z treści samego warunku.

Skarżący podnosili bowiem, że wykonywana przez uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o. usługa - wskazana w wykazie usług stanowiącym załącznik do oferty - polegająca na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z terenu Gminy Pyskowice, połączona była z prowadzeniem punktu selektywnego zbierania odpadów (PSZOK), a zatem nie może być uznana za tożsamą z wyżej wskazanym warunkiem udziału w postępowaniu, gdzie wymagano wykazania się usługami związanymi z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Ponadto skarżący podnosili, że niezasadnie do wartości usługi nadal wykonywanej, polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gminy Pyskowice PreZero Service Południe sp. z o.o. doliczono wartość wynagrodzenia za odbiór odpadów niebędących odpadami komunalnymi, tj. odpadów budowlanych i rozbiórkowych, podczas gdy zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6a i pkt 7 ustawy o odpadach odpady budowlane i rozbiórkowe nie stanowią odpadów komunalnych.

Sąd Zamówień Publicznych podziela stanowisko wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż Krajowa Izba Odwoławcza w sposób wszechstronny oceniła zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w kontekście omawianego zarzutu tj. Szczegółowy Opis Zamówienia, projektowane postanowienia umowy, umowę w sprawie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminą Pyskowice, miesięczne raporty z realizacji tej umowy, faktury potwierdzające wykonanie umowy, składane Burmistrzowi miasta Pyskowice,

sprawozdania uczestnika za 2023 rok, pismo zastępcy Burmistrza Miasta Pyskowice, wyjaśnienia uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o. z dnia 4 września 2024 roku. W oparciu o te dowody Izba, w sposób zgodny ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego oraz logiką, ustaliła, że określenie przez zamawiającego zakresu pojęcia odpady komunalne w dziale III pkt 4 lit. c Szczegółowego Opisu Zamówienia Publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze”, w § 3 ust. 1 pkt 7 i 8 projektowanych postanowień umowy w połączeniu z § 1 ust. 4 umowy zawartej przez uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o. z Gminą Pyskowice oraz pozostałe ww. dokumenty przesądzają, że w ramach doświadczenia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zamawiający przewidywał min. doświadczenie w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów komunalnych, w tym budowlanych i rozbiórkowych zebranych w PSZOK czy też MPSZOK.

Należy podzielić w całej rozciągłości stanowisko Izby wskazujące, iż zbieranie odpadów w PSZOK wchodzi w zakres czynności określonych jako gospodarowanie odpadami oraz zagospodarowanie odpadów. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach, ilekroć w ustawie jest mowa o gospodarowaniu odpadami — rozumie się przez to zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami. Z kolei zawarty w rozdziale 4A ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zatytułowanym „Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych” przepis art. 9ea stanowi, że: „Podmiot prowadzący punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do: 7) przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.” Zatem prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów (PSZOK) wpisuje się w definicję odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wylaniającą się z zapisów wskazanych regulacji, ale także zapisów dokumentacji przetargowej. Tak więc wykazanie w ramach usług referencyjnych realizacji obejmujących także prowadzenie PSZOK należało uznać za wpisujące się w wymogi określone w warunku udziału w postępowaniu zawartym w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Dalej wskazania wymaga, że skarżący nie uargumentowali także należycie, aby wykonawca nie mógł wskazać doświadczenia i wynagrodzenia uzyskanego za realizację usługi w zakresie odpadów budowlanych i rozbiórkowych w BIG-BAG, ani przyjmowania i zagospodarowania

odpadów budowlanych i rozbiórkowych w PSZOK. W dziale III pkt 4 lit. c Szczegółowego Opisu Zamówienia zamawiający określił, jakie rodzaje odpadów w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych obejmuje zamówienie, w szczególności odpady z grupy 17:

77 07 07 — odpady betonu oraz gruz betonowy,

77 07 02 — gruz ceglany,

77 07 03 — odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,

7707 07— zmieszane odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,

7707 80-usunięte tynki, tapety, okleiny itp.,

7707 82 — inne niewymienione odpady,

770207 — drewno,

770202 — szkło,

770203 — tworzywa sztuczne

17 09 04 -zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 77 09 01, 17 09 02 i 17 09 03.

W projektowanych postanowieniach umowy § 3 ust. 1 pkt 7 zamawiający wskazał, że w ramach odpadów komunalnych znajdują się odpady budowlane i rozbiórkowe wytworzone w nieruchomościach zamieszkałych na terenie miasta Zabrze przez mieszkańców. Podobnie, w umowie zawartej pomiędzy Gminą Pyskowice a przystępującym, załączonej przez odwołujących jako dowód w sprawie, w § 1 ust. 4 wskazano do odbioru i zagospodarowania rodzaje odpadów komunalnych, w tym także w zakresie pozostałych odpadów: odpady budowlane i rozbiórkowe.

W obliczu powyższego, a więc w szczególności przez pryzmat zindywidualizowanych zapisów dokumentacji przetargowej w ramach przedmiotowego postępowania, która określa specyfikę zamówienia i jego zakres należało uznać, że zamawiający prawidłowo uwzględnił część usług dotyczących zagospodarowania odpadów rozbiórkowych i budowlanych w zakresie usług, których świadczeniem uczestnik mógł wykazać swój potencjał techniczny i zawodowy. Odnosząc się do zdolności zawodowej w postaci doświadczenia zamawiający sprawdza, czy wykonawca ma wystarczającą, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności lub wartości. Dlatego też ważnym jest, aby wykładni warunku dokonywać przez wzgląd na postanowienia dokumentów przetargowych konkretnego zamówienia.

Sąd Okręgowy nie traci przy tym z pola widzenia, że wskazane przez skarżących przepisy wyłączają z zakresu odpadów komunalnych odpady budowlane i rozbiórkowe (art. 3 ust. 1 pkt 6a i pkt 7 ustawy o odpadach) niemniej jednak, powyższe rozważania za racjonalne każą przyjąć rozumienie zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zawartego w warunku udziału w postępowaniu w sposób szerszy, a więc wynikający chociażby z zapisów Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia czy projektowanych postanowień umownych. Węższe rozumienie tego warunku naruszałoby zasadę proporcjonalności postępowania określoną w art. 16 pkt 3 ustawy PZP, czyniąc omawiany warunek zbyt wygórowanym. Wykonawcy nie mogliby wliczyć w wartość zrealizowanych kontraktów referencyjnych prowadzenia w ich ramach PSZOK oraz zbierania odpadów budowlanych i rozbiórkowych, zaś przedmiotowe zamówienie przewiduje prowadzenie takich punktów oraz odbiór i zagospodarowanie wskazanych odpadów w ramach odpadów określonych jako komunalne. Warunek udziału rozumiany w sposób prezentowany przez skarżących należałoby uznać za nieproporcjonalny i wymagający zmiany. Zamawiający nie miałby bowiem podstaw, aby wymagać zdobytego doświadczenia bez wartości usług związanych w prowadzeniem PSZOK oraz odbiorem i zagospodarowaniem odpadów budowlanych i rozbiórkowych.

Podsumowując, zgodnie z zapatrywaniami Sądu Okręgowego usługa referencyjna wskazana w pozycji numer 2 wykazu usług złożonego przez uczestnika PreZero Service Południe sp. z o.o. czyli usługa pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zlokalizowanych w granicach administracyjnych Gminy Pyskowice w 2023 i 2024 roku” realizowana w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2024 roku na rzecz Gminy Pyskowice o wartości wykonanych w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 30 czerwca 2024 roku usług wynoszących 10 187 925,59 zł brutto polegająca na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów, wpisywała się w wymagania wskazane w warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wskazać zatem należało, że uczestnik PreZero Service Południe sp. z o.o. wykazał się doświadczeniem wymaganym w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wobec tego także zarzut ewentualny w stosunku do zarzutu numer 1.1. skargi czyli zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług i dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług w nim wskazanych należało uznać za nieuzasadniony. Wobec bowiem dotychczas poczynionych przez

Sąd Okręgowy rozważań wskazujących, iż przedstawiona przez uczestnika w punkcie drugim wykazu usług realizacja na rzecz Gminy Pyskowice była zgodna z wymaganiami zawartymi w rozdziale VII pkt D lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, co zamawiający był w stanie ocenić na podstawie przedłożonych mu przez wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. dokumentów, nie było podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu usług stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Nie sposób zaś uznać, iż poprzez nawet hipotetycznie uzasadniony brak wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP mogło dojść do naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, który stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Przepis ten bowiem stanowi ogólne określenie w Prawie zamówień publicznych warunków udziału, które wymaga od zamawiającego przede wszystkim ich prawidłowego zrozumienia, a następnie określenia, tj. zindywidualizowania na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia, o ile zamawiający podejmie w ogóle decyzję o ich określaniu (*A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 112*). W rezultacie jest to regulacja wskazująca w szczególności na etap tworzenia dokumentacji przetargowej i to raczej w ramach procesu kwestionowania ustalonych przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu zasadnym może okazać się wskazanie na naruszenie art. 112 ust. 2 ustawy PZP. Okoliczności faktyczne zarzutu ewentualnego wystosowanego przez skarżących wskazania na omawiany przepis nie uzasadniają.

W rezultacie zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP Sąd Okręgowy ocenił jako nietrafny.

Kolejno Skarżący zaprezentował zarzuty odnoszące się do niezgodności oferty z warunkami zamówienia z uwagi na niewskazanie przez wykonawcę instalacji, które byłyby w stanie przyjąć do zagospodarowania odpady objęte zamówieniem czyli zarzuty o numerach 1.4., 2.2. skargi oraz zarzut numer 3 odwołania.

Przed wszystkim wskazać należy, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zamawiający w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku

udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Zatem gdy przetarg rozpisany jest wyłącznie na odbiór odpadów, to zamawiający – dana gmina – ma obowiązek wskazania wykonawcom instalacji do których będą oni obowiązani przekazać odebrane odpady. W sytuacji przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów zamawiający zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie. Jest to przepis imperatywny. Nie daje on zamawiającemu możliwości zobowiązania do wskazania takich instalacji, lecz nakazuje, by zamawiający w dokumentach zamówienia – czyli w Specyfikacji Warunków Zamówienia określił taki obowiązek. Należało rozstrzygnąć jak zatem należy oceniać sytuację, gdy tak jak w niniejszej sprawie, zamawiający nie zobowiązał wykonawców wprost w Specyfikacji Warunków Zamówienia do wskazania instalacji, do których będą przekazywane odpady.

Po pierwsze – z przepisu bynajmniej nie wynika, aby obowiązek ten odnosił się wyłącznie do frakcji odpadów zmieszanych. A *contrario* przyjąć należy, iż odnosi się do wszystkich odpadów. Potwierdzeniem tego jest zdanie drugie powyższego przepisu, który pozwala na wskazanie podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane, ale wyłącznie w przypadku ich niewielkich ilości. W sytuacji gdy jak w niniejszej sprawie przetarg dotyczy dużego miasta, wyłączenie to nie znajdzie zastosowania.

Po drugie – zgodnie z działem I Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia Publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze”: wykonawca zobowiązany jest do realizowania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu miasta Zabrze w oparciu o przepisy: Ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz inne przepisy prawa dotyczące gospodarowania odpadami i ochrony środowiska, w tym akty wykonawcze do tych przepisów, jak również akta prawa miejscowego obowiązujące na terenie gminy Zabrze, a w przypadku zmiany prawa niezwłocznego dostosowania przedmiotu zamówienia zgodnie z nowymi zapisami ustaw, rozporządzeń itp.

Oznacza to zdaniem Sądu Okręgowego orzekającego w niniejszej sprawie, że zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca składając ofertę miał obowiązek wskazania instalacji, do których będzie przekazywać odebrane odpady, a obowiązek ten dotyczy wszystkich odpadów, a nie wyłącznie tzw. odpadów zmieszanych.

W tym miejscu odnieść należy się do kolejnego aspektu związanego z obowiązkiem wskazania instalacji przez wykonawcę w ofercie. Otóż, jak wskazał zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w części XXIII. Opis części zamówienia: „zamówienie ze względów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość. Odbiór i zagospodarowanie odpadów to usługi powiązane ze sobą. Brak podziału niniejszego zamówienia na części jest z perspektywy zamawiającego najefektywniejsza. Świadczenie usługi przez jednego, doświadczonego wykonawcę zapewni dotrzymanie określonych standardów jakościowych. Brak podziału zamówienia na części usprawnia nadzór nad realizacją zamówienia i powoduje, że zamawiający posiada pełną, stałą i bieżącą kontrolę nad zagospodarowaniem odpadów oraz jakością usługi. Ponadto Miasto Zabrze nie posiada własnej instalacji do przetwarzania odpadów, dlatego też wyłonienie wykonawcy, który zawiera wieloletnie umowy z innymi podmiotami zajmującymi się zagospodarowaniem odpadów jest efektywne ekonomicznie. Konieczność skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłoby zagrozić prawidłowemu wykonaniu zamówienia.” Wskazaniem tym zamawiający uczynił zadość wymaganiu wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 ustawy PZP).

Stwierdzić zatem należy, że wykonawca składając ofertę ma obowiązek wskazania wykazu instalacji, do których podmiot ten będzie przekazywał odebrane odpady, a obowiązek ten obejmuje wszystkie instalacje, a nie tylko instalacje komunalne. Mając na względzie przywołane powyżej uzasadnienie zamawiającego braku podziału na części zamówienia, jak też wskazany powyżej przepis ustawy o zachowaniu czystości i porządku w gminach – przedstawiany przez wykonawcę w ofercie wykaz instalacji musi odzwierciedlać rzeczywistą wykonalność przekazania odpadów do zagospodarowania, albowiem ma on na celu zapewnienie zamawiającemu sposobność weryfikacji możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę, zaś po podpisaniu umowy prawidłowości jej wykonywania.

Reasumując: braki Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie, w jakim przepisy wymagają wskazania danych obowiązków w dokumentacji zamówienia nie mogą skutkować przyjęciem, że w związku z tym wykonawcy zwolnieni są z obowiązku podania określonych treści w ofercie. Stanowiłoby to bowiem obejście przepisów bezwzględnie obowiązujących. Oczywiście od wykonawców zapoznających się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, którzy są profesjonalistami w danej dziedzinie należałoby oczekiwać, że w takim wypadku złożą odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia. Jeśli jednak tego nie uczynili, to należy przyjąć, że tam gdzie zamawiający nie wpisał wymagań wynikających z przepisów prawa – w szczególności ustawy, wymagania te obowiązują z mocy

właśnie ustawy i wykonawcy nie mogą bronić się, że danych treści nie umieścili w ofercie, gdyż wymagania takiego nie było w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zwłaszcza w sytuacji, gdy tak jak w niniejszej sprawie zamawiający zastrzegł, że zamówienie publiczne ma zostać wykonane zgodnie z przepisami przywołanych ustaw.

Ponadto Sąd Zamówień Publicznych podziela stanowisko skarżących, iż przedstawienie samej listy podmiotów, które prowadzą instalacje ustawowego warunku nie spełnia, dlatego że obiektywna możliwość przetwarzania odpadów przez dany podmiot nie świadczy jeszcze o tym, że może on te odpady przyjąć i zagospodarować. Decyzje na przetwarzanie odpadów zawierają limity. Jeżeli dana instalacja ma już zakontraktowany odbiór określonej ilości odpadów, nie przyjmie innych. Dlatego też składając ofertę wykonawca nie powinien tylko przedstawić listy podmiotów, które takie instalacje prowadzą, ale w jakikolwiek sposób przynajmniej zabezpieczyć sobie możliwość przekazania do tej instalacji takiej ilości odpadów, jakie odbierane będą z terenu miasta Zabrze zgodnie z dokumentacją przetargową.

Dodatkowo w myśl art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach spójnego w swej treści z powyżej przywołanym z art. 6d ust. 4 pkt 5 tejże ustawy: „Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”.

Wskazana regulacja stanowi niejako, że wykaz instalacji, który składany jest wraz z ofertą staje się elementem treści przyszłej umowy o zamówienie publiczne, a więc konstituuje treść zobowiązania wykonawcy do przekazywania odpadów do określonych instalacji wskazanych w tej ofercie. Na etapie weryfikacji ofert zamawiający ma więc obowiązek sprawdzenia, czy te instalacje mają możliwość przyjęcia tych odpadów i czy w ogóle wykonawca ma zapewnioną realną możliwość przekazania tych odpadów do wskazanych instalacji. Taka weryfikacja nie została jednakże dokonana przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowaniu w odniesieniu do wykazu złożonego przez uczestnika, a okoliczności wskazywane przez skarżących nakazywały uznanie, że wykaz nie został sporządzony prawidłowo.

W konsekwencji zarzuty odnoszące się do braku wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca mógł rzeczywiście przekazywać odpady należało uznać za zasadne.

Zarzucono także naruszenie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy PZP (zarzut 1.7 skargi, zarzut 6 odwołania).

Sąd Okręgowy uznając, że wykonawca miał obowiązek wskazania w ofercie wykazu instalacji odzwierciedlającego rzeczywistą możliwość przekazania odpadów do zagospodarowania, stwierdził, że nie wskazując instalacji, które zapewniają możliwość zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych uczestnik PreZero Service Południe sp. z o.o. złożył ofertę nie spełniającą warunków zamówienia, która z tego powodu winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z powyżej przedstawionym stanowiskiem.

Dalej Skarżący przedstawił zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 i pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP co odpowiada zarzutowi 1.5 ze skargi oraz zarzutowi 4 z odwołania.

Zarzut ten odnosi się do fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Jest to podstawa, której zastosowanie zależy od decyzji zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy, że w art. 109 ust. 1 ustawy PZP zostały określone fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy. Owa fakultatywność przejawia się w tym, że zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania ich wystąpienia w razie braku przewidzenia stosownych zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W sytuacji jednak, gdy zamawiający przewidzi wykluczenie wykonawcy z postępowania w razie zaistnienia przesłanki fakultatywnej, to ma on każdorazowo obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy, wobec którego ta przesłanka zaistnieje. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy PZP wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Co istotne w przypadku ziszczenia się przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP bądź art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP nie stosuje się art. 109 ust. 3 ustawy PZP, który przewiduje możliwość odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Ponadto zamawiający nie ma kompetencji do kształtowania fakultatywnych podstaw wykluczenia inaczej niż zostały określone w Prawie zamówień publicznych. Rola zamawiającego sprowadza się jedynie do doboru podstaw wykluczenia z ustawowego katalogu oraz żądania przedłożenia niezbędnych dokumentów.

Wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawi informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP).

Wskazana podstawa wykluczenia transponuje art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.): „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy: jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia”.

W postępowaniu będącym przedmiotem badania w niniejszej sprawie zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy wskazując w części II Dodatkowe postanowienia SWZ rozdziale XXII. Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy PZP, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) , 3 i 10 ustawy PZP: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się, z zastrzeżeniem art. 110 ust 2 pzp wykonawcę (...) – który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Zauważyć należy, że jak wskazane zostało powyżej wykonawca miał obowiązek wskazania w ofercie wykazu instalacji odzwierciedlającego rzeczywistą możliwość przekazania odpadów do zagospodarowania. Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia odnosił się również do znanej w zamówieniach publicznych instytucji „podmiotu udostępniającego zasoby” (uregulowanej w art. 118 i n. ustawy PZP). Takimi podmiotami udostępniającymi zasoby są podmioty zajmujące się zagospodarowaniem odpadów, z którymi współpracuje wykonawca w celu realizacji zamówienia.

Zgodzić należy się ze skarżącymi, że decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty wykonawca PreZero Service Południe sp. z o.o. zobowiązał się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki był cel oczekiwania przez ustawodawcę, iż składając ofertę wykonawca przedstawi wykaz instalacji, do których będzie przekazywał odebrane odpady. W konsekwencji należy stwierdzić, że zachodziła podstawa do wykluczenia wykonawcy, który podał w ofercie instalacje, co do których nie posiadał możliwości przekazywania odebranych odpadów, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Wykonawca bowiem postąpił lekkomyślnie i niedbale

wpisując do oferty różne instalacje bez sprawdzenia, czy faktycznie będzie mógł do nich przekazywać odpady. Tym samym przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do zgodności z prawem sposobu wykonania zamówienia. Informacje te zaś w oczywisty sposób wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego w trakcie postępowania.

Sąd Okręgowy za słuszny uznał też zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy PZP czyli zarzut zawarty w punkcie 1.6 skargi oraz w punkcie 6 odwołania.

Konsekwentnie bowiem uznając, że już w ofercie wykonawca jest obowiązany wskazać instalacje, do których będą przekazywane odebrane odpady, to za niedopuszczalną ocenić należy zmianę treści oferty wykonawcy w zakresie instalacji, do których mają być przekazywane odpady po terminie składania ofert. Zmiana treści oferty po upływie terminu składania ofert jest bowiem niedopuszczalna i powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzaniem zmian w treści oferty.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku wydanego w dniu 27 września 2023 roku w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 6/23: „Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, tak aby możliwa była ocena czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego.

Odnosząc się do wyjaśnień samej treści oferty, jako jednego z elementów, którego może dotyczyć wezwanie do wyjaśnień to istotnie celem procedury wyjaśniającej jest wyjaśnienie tego, co już zostało przedstawione w ofercie. Wyjaśnienie nie może stanowić uzupełnienia oferty o dane, które powinny być zamieszczone w ofercie jako jej istotna treść.

Treść oferty nie podlega uzupełnieniu. Oferta stanowi bowiem oświadczenie woli zawarcia umowy złożone zamawiającemu. Wyjaśnienia mogą przedstawiać dodatkowe informacje, ale muszą być to informacje, które znajdują odzwierciedlenie w ofercie. Jeżeli owa treść nie została w ofercie ujęta to trudno wyobrazić sobie złożenie w tym zakresie dodatkowych informacji. Każde bowiem elementy oświadczenia woli będą nowe w porównaniu do treści oferty. Przedstawienie zaś nowych, nieujętych w ofercie informacji jest zmianą treści ofert po terminie składania ofert, czego przepisy PZP nie dopuszczają. Wyjaśnienia zatem muszą się sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą jej natomiast rozszerzać ani ograniczać.”

W przedmiotowej sprawie nastąpiła zaś niedopuszczalna zmiana treści oferty w świetle przywołanych przepisów.

Sąd Zamówień Publicznych odnosząc się do zarzutu 1.8 skargi (zarzutu numer 7 odwołania) dotyczącego rażąco niskiej ceny przede wszystkim za nieuprawnione uznał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że „odwołujący nie wykazał istotności części składowych, wobec których przystępujący składał wyjaśnienia.” Nie można też zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego PreZero Service Południe sp. z o.o., że wezwanie do wyjaśnienia co do elementów ceny nie dotyczyło istotnych części składowych. Trzeba bowiem pamiętać, że art. 224 ust. 1 ustawy PZP wskazuje, że w przypadku powstania wątpliwości zamawiający może wezwać do wyjaśnienia ceny całości zamówienia, lub istotnej części zamówienia. Skoro zamawiający wezwał uczestnika do wyjaśnienia określonych części składowych ceny, to przyjąć należy, że uznał (mając na względzie treść przywołanego art. 224 ust 1 ustawy PZP), że wezwanie dotyczyło istotnych części zamówienia. Potwierdzało to również stanowisko jednego z pełnomocników zamawiającego w toku rozprawy przed sądem, gdy wskazywał, że każdy z siedmiu elementów składowych oferty traktowany był przez zamawiającego jako istotna część zamówienia (02:10:047 nagrania). Skoro zaś zamawiający wzywając do wyjaśnienia ceny uznał te elementy za istotną część zamówienia, to przystępujący (a nie odwołujący-skarżący) miał obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przypomnieć należy, że Zamawiający w Wezwaniu do udzielenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny z dnia 5 sierpnia 2024 roku skierowanym do PreZero Service Południe sp. z o.o. uznał, że badając przesłanki określone w art. 224 ust. 1 ustawy PZP należy odnieść się do zadeklarowanych cen jednostkowych w załączniku C Kalkulacji ceny. Stwierdzono, iż zasadnym będzie zbadanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w odniesieniu do cen jednostkowych w zakresie istotnych części składowych ceny – sam Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień to wyrażenie podkreślił. Dalej wskazywał, że za istotne dla wyceny ofertowej należy uznać pozycje z największą ilością szacowanych odpadów do odebrania i zagospodarowania przez Wykonawcę w latach objętych przedmiotowym zamówieniem i tym samym mających wpływ na powstanie kosztów po stronie wykonawcy. Zatem Zamawiający sam uzasadnił, dlaczego uznaje określone części składowe ceny za istotne, a następnie je wymienił wskazując na rodzaje odpadów określone w poszczególnych pozycjach Kalkulacji ceny, w tym:

Pozycja 2: Wynagrodzenie za odbiór 1Mg selektywnie odebranych frakcji papier, szkło oraz metale i tworzywa sztuczne.

Pozycja 4: Wynagrodzenie za odbiór 1Mg odpadów budowlanych i rozbiórkowych gromadzonych w workach BIG-BAG .

W rezultacie w ramach wskazanego wezwania zostało niejako przesądzone, jakie części składowe ceny winny być uznawane w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za istotne. W sytuacji kiedy wezwany wykonawca nie zgadzałby się z takim zakwalifikowaniem określonych części składowych jako istotne winien wnieść odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze sformulowaniem odpowiednich zarzutów w odniesieniu do uznania poszczególnych pozycji kosztorysu za istotne części składowe ceny. Wobec tego, iż takie odwołanie nie zostało wniesione zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sąd Zamówień Publicznych w ramach procedury odwoławczej i skargowej nie są uprawnieni do korygowania niezaskarżonej czynności zamawiającego. Wobec tego, oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w ramach procedury z art. 224 ustawy PZP należy dokonywać przez wzgląd na treść wezwania wystosowaną przez zamawiającego.

Ponadto jak już wyżej nadmieniono Pani Anna Wojnowska-Fuks – Naczelnik Biura Zamówień Publicznych po stronie zamawiającego wskazała, że było siedem elementów składowych oferty i zamawiający potraktował każdy z tych elementów, jako istotną część składową i badania były, co do każdej tej części takie same (nagranie rozprawy 02:10:47).

Co prawda kolejny przedstawiciel Zamawiającego próbował wskazywać na brak istotności elementów uznanych za istotne w wezwaniu, jednakże takie następce dokonywanie interpretacji i to wprost niezgodnej z literalnym brzmieniem wezwania należało uznać za nieuprawnione. Mianowicie Pan Michał Gózdź Naczelnik Wydziału u zamawiającego podał, że najistotniejszą częścią zamówienia, realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od mieszkańców jest odbiór pięciu frakcji, a mianowicie: zmieszanych, papieru, tworzyw sztucznych, szkła i odpadów biodegradowalnych. Odpady wielkogabarytowe, czy odpady budowlano - rozbiórkowe są usługą dodatkową, którą gmina realizuje w celu zapewnienia komfortu mieszkańcom i ilość tych odpadów w stosunku do tych wszystkich pozostałych, które są odbierane nie jest tak duża. Z powyższego przedstawiciel zamawiającego wywodził tezę o nieistotności odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Ponadto wywodził, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zobowiązuje do odbioru pięciu podstawowych frakcji, które muszą być selektywnie zbierane przez mieszkańców, natomiast te kolejne frakcje dopuszcza jako możliwość. Pięć podstawowych frakcji to największy strumień odpadów, czyli generujący największe koszty po stronie gminy i wykonawcy, który realizuje ten odbiór (nagranie rozprawy od 02:11:05). Zatem

przedstawiciel zamawiającego wysnuł tezę, że pięć frakcji, które są obowiązkowe należy uznać za istotne części zamówienia, a te pozostałe dwie frakcje z racji tego, że nie są obowiązkowe jako nieistotne częściami tego zamówienia.

Takie stanowisko, sprzeczne z wyraźną treścią niepodważonego w ramach odwołania wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny było nie do przyjęcia. Zatem kwestia istotności elementów, do których wyjaśnienia został wezwany wykonawca została niejako przesądzona w ramach wezwania i kwestia ta nie może być na obecnym etapie przedmiotem rozstrzygnięcia zarówno Izby jak i Sądu Zamówień Publicznych.

Przechodząc dalej podkreślenia wymaga, iż wobec celu, jakim jest rozstrzygnięcie, czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy PZP (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej". Artykuł 224 ust. 3 ustawy PZP zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 ustawy PZP) (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2024 roku, sygn. akt KIO 2547/24; Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2024 roku, sygn. akt XXIII Zs 142/24*).

Uczestnik PreZero Service Południe sp. z o.o. wyjaśniając koszt Zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych podawał, że wynika to z oferty jaką otrzymał od PreZero Recykling Południe sp. z o.o.

Nie sposób uznać, aby oferta ta była rynkowa i wiarygodna z uwagi na to, że oferta została sporządzona w dniu 6 sierpnia 2024 roku, a zatem jeden dzień po skierowaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny przez zamawiającego, co implikuje, że oferta nie została sporządzona dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej przed składaniem ofert, lecz wyłącznie na potrzeby załączenia jako dowód do wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ustawy PZP na wezwanie zamawiającego.

Ponadto Oferta ta została złożona przez spółkę pozostającą w grupie kapitałowej PreZero, która dla innych podmiotów niż PreZero Service Południe sp. z o.o. oferuje zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 01 07 w cenie 300 zł/Mg. Jest to cena aż 12 krotnie wyższa niż cena dla uczestnika.

Przyjąć należy, że gdyby cena za zagospodarowanie w kwocie 25,00 zł była realna i faktycznie stosowana pomiędzy spółkami z grupy PreZero, to uczestnik PreZero Service Południe sp. z o.o. powinien przedstawić chociażby fakturę za zagospodarowanie odpadów - tak jak to uczynił w przypadku odpadów o kodzie 15 01 07, a nie jedynie ofertę w postaci zanonimizowanego e-maila.

W ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca nie wskazywał na szczególne okoliczności, które uzasadniałyby tak niską wycenę omawianej pozycji, powołując się jedynie na otrzymaną ofertę.

Nie sposób zatem uznać, iż istniały podstawy, aby zamawiający mógł uznać, że wycena zagospodarowania odpadów budowlanych i rozbiórkowych zawierała wszystkie koszty. Wręcz przeciwnie, w sytuacji gdy zarówno inni wykonawcy posiadają wyceny wyższe, jak i oferta tego samego podmiotu dla innego wykonawcy była o wiele wyższa, to nie powinno ulegać wątpliwości, że istotna część składowa ceny została w sposób rażący zaniżona. Wykonawca nie przedstawił bowiem, że uwzględnił wszystkie koszty wykonania tej pozycji.

Dodatkowo zaś obowiązek całościowej kalkulacji kosztów w ramach konkretnych pozycji przewiduje także wprost rozdział XVII pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia: Cenę oferty należy obliczyć poprzez ustalenie ceny jednostkowej netto za jedną tonę (1 Mg) odpadów, poszczególnych frakcji odpadów określonych w poz. 1 i 2 w załączniku C – Kalkulacja ceny. W powyższej cenie należy uwzględnić koszty realizacji wszystkich obowiązków wynikających z

umowy (wykonania usługi) tj. zakup i wyposażenie nieruchomości w pojemniki; transportu i zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych, obsługi administracyjnej itp.”

Istotnie zatem Zamawiający nieprawidłowo uznał, że wyjaśnienia wykonawcy PreZero Service Południe sp. z o.o. obaliły domniemanie rażąco niskiej ceny w stosunku do złożonej przez niego oferty.

Zatem doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Skarżący podnosili zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaakceptowanie, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PreZero Service Południe sp. z o.o., z uwagi na to, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., co stanowiło zarzut 1.9. skargi i zarzut 8 odwołania.

Sąd Okręgowy pragnie wskazać na treść art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Delikt w postaci rozpowszechniania niezgodnych z rzeczywistością czy wywołujących konfuzję wiadomości może mieć miejsce zarówno publicznie, jak i w odniesieniu do wybranej osoby czy osób również wówczas, gdy ma to miejsce z zastrzeżeniem poufności (*tak M. Kępiński, J. Kępiński [w:] Szwaja, Komentarz 2019, s. 541*).

Zatem należy uznać, że w ramach dyspozycji art. 14 ust. 1 u.z.n.k. będą także informacje przekazywane zamawiającemu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu uzyskania kontraktu. Skoro zatem jak już wyżej wskazano, Sąd Okręgowy ustalił, iż doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego w zakresie możliwości współpracy wykonawcy z określonymi przedsiębiorcami, co pozwoliło na stwierdzenie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, niezasadnym jest w tym miejscu powielanie argumentacji dotyczącej uznania, iż doszło do przekazania informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Takie postępowanie wykonawcy niewątpliwie nakierowane było na uzyskanie zamówienia, a więc uzyskanie korzyści. W rezultacie doszło do naruszenia art. 14 ust. 1 u.z.n.k.

Kolejno nie sposób uznać, aby doszło do czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w

szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

Samo zastosowanie przez wykonawcę ceny usług poniżej kosztów świadczenia nie jest wystarczające do uznania, że ziściły się przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., ale koniecznym jest wykazanie, że takie działanie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców. Sprzeczne zaś z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie "utrudnianie", które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu (*Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2016 roku o sygn. akt I ACa 1994/15*).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zaś niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług. Obniżenie cen przez PreZero Service Południe sp. z o.o. nie ograniczyło swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Tak więc w okolicznościach przedmiotowej sprawy przesłanka eliminacji innych przedsiębiorców w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie została spełniona.

Skarżący wystosowali zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku bez wskazania faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że uzasadnienie orzeczenia jest integralną częścią każdego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, albowiem Izba z urzędu sporządza uzasadnienie orzeczenia w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia (art. 559 ust. 1 ustawy PZP). Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa (art. 559 ust. 2 ustawy PZP). Z uzasadnienia wynikać zatem powinno w sposób logiczny, dlaczego Izba powzięła takie a nie inne rozstrzygnięcie. Prawidłowo sporządzone uzasadnienie powinno być spójne, zawierać prawidłowe oznaczenie stanu faktycznego, odnosić się do wszystkich przedstawionych w sprawie dowodów i

zawierać prawidłowo dokonaną ocenę prawną zaistniałego stanu faktycznego (P. Wójcik [w:] A. Ganońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 559). Uzasadnienie ma na celu dokładne wytłumaczenie powodów rozstrzygnięcia zawartego w skorelowanym z nim orzeczeniu. Adresaci orzeczenia, a więc strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, na podstawie treści uzasadnienia powinni zrozumieć powody, dla których Izba zajęła dane stanowisko. Kolejno zaś uzasadnienie orzeczenia umożliwia również weryfikację prawidłowości zapatrywania Izby w ramach kontroli instancyjnej na etapie postępowania skargowego przed Sądem Zamówień Publicznych.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą o skutecznym postawieniu zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy PZP można mówić wyjątkowo i tylko wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, a braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona, bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Zarzut ten może znaleźć zastosowanie jedynie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania zaskarżonego orzeczenia (*Wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 marca 2025 roku, sygn. akt XXIII Zs 165/24, z dnia 18 października 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 49/23, z dnia 6 października 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 102/22, z dnia 3 września 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 23/21*).

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zdaniem Sądu Okręgowego uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej pozwalało na rekonstrukcję ustaleń faktycznych i prawnych stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia Izby, a tym samym dokonanie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie wyroku odzwierciedla w sposób jasny i klarowny przeprowadzony sposób oraz tok rozumowania będący podstawą rozstrzygnięcia. Także subsumpcja zaprezentowana w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej została dokonana prawidłowo, w sposób przejrzysty co umożliwiało dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia. Zakwalifikowanie faktów, które Izba uznała za udowodnione wynika z części uzasadnienia zawierającej ustalenie stanu faktycznego. Sam fakt braku wskazania dowodów, na których oparła się Izba oraz dowodów, które zostały zdyskwalifikowane wraz z podaniem przyczyn odmowy przyznania im wiarygodności nie może świadczyć o tym, iż sposób uzasadnienia wyroku był nieprawidłowy. Tak jak już wyżej wskazano wszystkie kluczowe elementy uzasadnienia zostały zawarte przez Krajową Izbę Odwoławczą. Chociaż pożądaną sytuacją byłoby odniesienie się przez Izbę do każdego z przedstawionych dowodów wprost w uzasadnieniu orzeczenia, to brak tej

kwestii nie przesądza o tym, że Izba dokonując ustaleń stanu faktycznego z wszystkimi dowodami się nie zapoznała. Także dokonanie przez Sąd Okręgowy odmiennej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie świadczy o wadliwości sporządzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą uzasadnienia orzeczenia w sprawie.

Tym samym zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy PZP okazał się niezasadny.

Wskazać w tym miejscu wypada, że w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy oraz stosuje odpowiednio art. 553–557 i 563–567 ustawy PZP dotyczące orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu wywołanym odwołaniem (art. 588 ust. 2 ustawy PZP). Uwzględniając skargę, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2 ustawy PZP jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy PZP Sąd może unieważnić umowę albo unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie sąd zamówień publicznych może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Wobec faktu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego Miasto Zabrze i wykonawcę PreZero Service Południe sp. z o.o. w dniu 2 stycznia 2025 roku (zgodnie z opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia z dnia 16 stycznia 2025 roku o numerze publikacji ogłoszenia: 30944-2025 oraz numerze wydania Dz.U. S: 11/2025), a więc po wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 13 listopada 2024 roku oraz po wniesieniu skargi w dniu 27 grudnia 2024 roku należało uznać, iż wskazana umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Z chwilą wydania orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę ustaje bowiem zakaz zawarcia umowy przewidziany w art. 577 ustawy PZP. Umowa może zostać zawarta nawet wówczas, gdy orzeczenie to zostanie zaskarżone.

W konsekwencji skarżący mogli jedynie domagać się stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy. Ten rodzaj orzeczenia sąd skargowy może wydać w oparciu o treść przepisu art. 588 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP. Wyrok tego rodzaju może być wydany wyłącznie wówczas, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w

okolicznościach dopuszczonych w ustawie, tak jak miało to miejsce w realiach przedmiotowej sprawy.

Tym samym wnioski zawarte w skardze oraz doprecyzowane na rozprawie skargowej dnia 13 marca 2025 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., FCC Śląsk sp. z o.o. w zakresie stwierdzenia naruszenia konkretnych przepisów należało uznać za należycie skonstruowane.

Wobec powyższych rozważań zastosowanie znalazł art. 588 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP, a Sąd Okręgowy obowiązany był do uwzględnienia skargi w części poprzez zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i w punkcie 1. uwzględnienie odwołania w części i stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego Gminę Miasto Zabrze:

- a) w zarzucie 3) przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- b) w zarzucie 4) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- c) w zarzucie 5) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- d) w zarzucie 6) przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- e) w zarzucie 7) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- f) w zarzucie 8) przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oddalając zarzuty odwołania w pozostałym zakresie (punkt I wyroku).

Obowiązkiem sądu przy określaniu wysokości kosztów w treści orzeczenia jest też uwzględnienie kosztów poniesionych przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania (art. 589 ust. 2 ustawy PZP). Wobec powyższego w razie uwzględnienia skargi i zmiany orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej Sąd zmieni także rozliczenie kosztów zapadłe przed Krajową Izbą Odwoławczą (*P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 589*).

W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego (art. 557 ustawy PZP). Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku (art. 575 ustawy PZP).

W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. W tym przypadku Izba rozdziela wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (§ 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, Dz. U. poz. 2437).

Do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis, a także koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 zł (§ 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania).

Wpis wniesiony od odwołania stosownie do treści § 2 ust. 1 pkt 2 wskazanego Rozporządzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości: równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy, lub przekraczającej te progi, wynosił 15 000 zł.

Na koszty postępowania odwoławczego po stronie odwołujących złożyły się zatem wpis w kwocie 15 000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz 851,00 zł tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika, co dało łączną kwotę 19 451 zł.

Zamawiający zaś poniósł w ramach postępowania odwoławczego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Zarzuty odwołania zostały uwzględnione w 60 %. Tym samym Sąd Okręgowy uznał, za zasadne, aby koszty postępowania odwoławczego rozdzielić pomiędzy odwołujących a zamawiającego w stosunku odpowiednio 40% odwołujący i 60 % zamawiający.

Tym samym zamawiający zobowiązany był do zwrotu na rzecz odwołujących kwoty 10 230 zł ($19\,451\text{ zł} \times 60\% = 11\,670\text{ zł}$; $3\,600\text{ zł} \times 40\% = 1\,440\text{ zł}$; $11\,670\text{ zł} - 1\,440\text{ zł} = 10\,230\text{ zł}$).

W konsekwencji Sąd Okręgowy zmienił także punkt 2a zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i kosztami postępowania obciążył odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, FCC Śląsk sp. z o.o. w Zabrze w 40% (czterdziestu procentach) zaś zamawiającego Gminę Miasto Zabrze w 60% (sześćdziesięciu procentach) i w pkt 2.1. zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółkę akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze tytułem wpisu od odwołania i w pkt 2.2 zasądził od zamawiającego Gminy Miasto Zabrze na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółki akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze 10 230 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego (punkt I wyroku).

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uznania zasadności zarzutów podniesionych przez skarżących w punktach 1.1., 1.2., 1.3., 2.1, 2.5. oraz częściowo 1.9. i 1.10. co na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy PZP musiało skutkować oddaleniem skargi w pozostałej części jako bezzasadnej (punkt II wyroku).

Sąd Okręgowy o kosztach postępowania skargowego orzekł stosownie do treści art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującej zasadę odpowiedzialności za wynik sporu. Mając na względzie, że około 60 % przedstawionych w skardze zarzutów zostało uwzględnionych tym samym Sąd Okręgowy obciążył kosztami postępowania skarżących oraz przeciwnika skargi zamawiającego zgodnie z proporcjami wynikającymi z uwzględnienia zarzutów.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez skarżących sprowadzają się do: wpisu od skargi w kwocie 45 000,00 zł oraz wynagrodzenia reprezentującego ich adwokata w kwocie 3 600,00 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1964 z późn. zm.), a także opłaty skarbowej od złożenia dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa w kwocie 17 zł (art. 1 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 w zw. z pkt IV załącznika do ustawy z dnia 16 listopada 2006 roku o opłacie skarbowej, t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 2111 z późn. zm.). Wysokość wpisu została ustalona na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 959 z późn. zm.) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania czyli jako opłata stała w wysokości trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy PZP, lub przekraczającej te progi, wynosi 15.000 zł. Zatem opłata od skargi w przedmiotowej sprawie wyniosła 45 000 zł. Dało to łączną kwotę kosztów postępowania skargowego po stronie skarżących w wysokości 48 617 zł.

Z kolei koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi poniesione przez zamawiającego sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 3 600,00 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1935 z późn. zm.).

W konsekwencji Sąd Okręgowy zasądził od zamawiającego Gminy Miasto Zabrze na rzecz skarżącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA spółki akcyjnej we Wrocławiu, FCC Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu 27 724 zł tytułem kosztów postępowania skargowego (punkt III wyroku).

Mając powyższe na względzie Sąd Zamówień Publicznych orzekł jak w sentencji wyroku.

Alicja Dziekańska

Monika Skalska

Magdalena Natęcz