

Sygn. akt: KIO/UZP 447/09

**WYROK**  
**z dnia 23 kwietnia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Gabriela Kuca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U GITPOL, Łukasz Kuca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BdB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96–100 Skierniewice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85–102 Bydgoszcz** protestu z dnia 16 marca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie Rejonu V.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85–102 Bydgoszcz i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Gabriela Kuca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U GITPOL, Łukasz**

**Kuca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BdB Investments,  
ul. Nowomiejska 9, 96–100 Skierniewice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85–102 Bydgoszcz** na rzecz **Konsorcjum firm: Gabriela Kuca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U GITPOL, Łukasz Kuca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BdB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96–100 Skierniewice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Gabriela Kuca prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.H.U GITPOL, Łukasz Kuca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BdB Investments, ul. Nowomiejska 9, 96–100 Skierniewice.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „utrzymanie zieleni miejskiej obejmującej zieleń parkową i przyuliczną oraz utrzymanie czystości na terenach zieleni parkowej i przyulicznej na terenie m. Bydgoszczy w okresie 36 miesięcy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane, w dniu 2 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 253-339454.

Pismem z dnia 11 marca 2009 r. wykonawca „AGRO” Kwiatkowski, Makowski sp.j. wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Rejonu V, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej ustawa Pzp, polegające na nie odrzuceniu oferty nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), wskutek zawarcia w ofercie wymaganych dokumentów i

oświadczeń niezawierających danych wskazanych w SIWZ, a w szczególności referencji, co pozostaje w związku z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i § 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) poprzez bezpodstawne przyjęcie, że zostały złożone dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 i 6 ustawy Pzp, polegające na nie odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, obliczoną wskutek błędów innych niż określone w art. 88 ustawy Pzp, bowiem odnoszących się m.in. do umowy o świadczenie niemożliwe. Wobec powyższego Protestujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru ofert.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, iż Odwołujący się dopuścił się rażącego zaniżenia ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem skalkulowano koszty w oparciu o elementy, które mają wpływ tylko pozornie na obniżenie ceny, albowiem odnoszą się do świadczeń niemożliwych do wykonania. Zarzut dotyczy umowy na nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji z dnia 2 stycznia 2009 r., zawartej między członkiem Konsorcjum P.H.U GITPOL Gabriellą Kuca a Romanem F. z Szubina właścicielem działek we wsi Smolniki 24, gdzie mają być zwożone i składowane odpady ulegające biodegradacji. Umowa niniejsza stanowi załącznik do wybranej oferty i została zawarta celem m.in. obniżenia kosztów ogólnych wykonywanego zadania w Rejonie V. Przedmiotowa umowa zawiera § 3, który jest niezgodny z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (Dz. U. z 2007 Nr 39, poz. 251 ze zm.) w zakresie odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01, bowiem wymienione odpady nie mogą być przeznaczone do celów kompostowania oraz rekultywacji gleby, tj. w załączniku nr 5 ustawa nie nakazuje działania R10, tylko nakłada obowiązek wdrożenia działanie R3. Powyższe jest również sprzeczne z decyzją na odbiór odpadów, zgodnie z którą odpady muszą być przekazywane bezpośrednio do Kompleksu Utylizacji Odpadów przy ul. Prądocińskiej w Bydgoszczy. Wykonując powyższą umowę Odwołujący się będzie działał nie tylko bezprawnie, ale również narazi się na odpowiedzialność karną. Powyższe nie pozwala na obniżenie ceny wykonania usługi koszenia trawników o ok. 50%.

W dniu 19 marca 2009 r. Odwołujący się zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, z żądaniem oddalenia protestu. Odwołujący się wskazuje, iż Protestujący nie udowodnił, że Odwołujący się nie jest w stanie wykonać zadania za zaproponowaną cenę. Po pierwsze, kwestionowana umowa nie narusza ustawy o odpadach, a cel przyjęcia odpadów – kompostowanie, zawarte w umowie, jest uregulowane przepisem art. 13 ust. 2 ustawy o odpadach. Powyższe nie jest sprzeczne z decyzją na odbiór odpadów wydaną przez Urząd Miasta Bydgoszczy. Decyzja nakazuje

wręcz czynność wydzielenia z masy odpadów frakcji ulegających biodegradacji i ograniczania w ten sposób masy odpadów ulegających biodegradacji. W świetle art. 10 pkt 2 ustawy o odpadach, podmiot prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do selektywnego odbierania odpadów oraz ograniczania ilości odpadów ulegających biodegradacji kierowanych do składowiska. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o odpadach, zabrania się odzysku lub unieszkodliwiania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami spełniającymi określone wymagania, zaś na podstawie art. 13. ust 2 pkt 2, przepisu ust. 1 nie stosuje się do: osób fizycznych prowadzących kompostowanie na potrzeby własne. Art. 33 ust. 1 ustawy o odpadach mówi, że posiadacz odpadów może przekazać określone rodzaje odpadów w celu ich wykorzystania osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej nie będącym przedsiębiorcami, na ich własne potrzeby, jak i zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19 grudnia 2008 r. ( Dz. U. Nr 235 poz. 1614) w sprawie listy rodzajów odpadów, które posiadacz odpadów może przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym nie będącymi przedsiębiorcami, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku. Możliwość przekazania nieodpłatnie odpadów podlegających biodegradacji obniża koszty wykonania koszenia trawników w części dotyczącej wywozu odpadów, a nie jak błędnie zakłada Protestujący, całości usługi koszenia trawników. Choćby nawet odpady ulegające biodegradacji pozwalały na oszczędność 0,5% w części dotyczącej wywozu odpadów to jest to jedna z wielu metod oszczędzania. Ponadto, Protestujący w żaden sposób nie udowodnił, że uwzględniając przedmiotowy zarzut, Odwołujący się nie jest w stanie wykonać koszenia trawy za podaną przez niego w ofercie kwotę. Zarzut dotyczy kosztów własnych wykonania zamówienia, które są sprawą indywidualną każdego wykonawcy. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje zindywidualizowane podejście do wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę. Należy więc je oceniać w kontekście konkretnej propozycji ofertowej oraz uwarunkowań towarzyszących składającemu ofertę. Uwarunkowania te mogą być charakterystyczne tylko dla niego lub terenu i niekoniecznie muszą się przekładać na innych wykonawców.

Przystępujący się wskazuje, że cena całkowita przedmiotu zamówienia została wyliczona w sposób rzetelny, a umowa na nieodpłatny odbiór odpadów nie była uwzględniana w kalkulacjach cen jednostkowych i kosztorysie cenowym dotyczących zamówienia, jest jednym z wielu metod mających wpływ na oszczędność wykonania, a cena za koszenie trawników podana przez Odwołującego się w złożonej ofercie nie jest pomniejszona o ten fakt.

Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty. Bezzasadne jest

także żądanie Protestującego, odrzucenia oferty Odwołującego się, na podstawie art.89. ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem Protestujący w żaden sposób nie udowodnił, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Protestujący w swoich zarzutach odnosi się jedynie do treści wyjaśnień złożonych w dniu 26 lutego 2009 r. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Co bardzo istotne, żądanie wyjaśnień od oferentów na podstawie art. 90 Pzp, w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest uprawnieniem i obowiązkiem Zamawiającego. Natomiast, złożone do wyjaśnień dokumenty, potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia dotyczące sposobów jej obliczenia, nie są treścią oferty i nie mogą być przedmiotem protestu, w sytuacji gdy Protestujący wniósł protest na czynność Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie na czynność Zamawiającego, zaniechania odrzucenia oferty z powodu ustalenia, że zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający protest rozstrzygnął, w taki sposób, że oddalił zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś uwzględnił zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, w odniesieniu do umowy na nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji. W odniesieniu do zarzutu w przedmiocie rażąco niskiej ceny i błędu w jej obliczeniu Zamawiający podaje, iż zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 ze zm.), podejmowanie, wykonywanie, jak i zakończenie działalności gospodarczej, jest wolne dla każdego, na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tym samym, każdy przedsiębiorca może prowadzić dowolną działalność, chyba, że jest ona obwarowana obowiązkiem uzyskania koncesji lub zezwolenia. Wówczas uprawnieniem do wykonywania określonej działalności są wszelkie koncesje, licencje, zezwolenia. Rodzaje działalności gospodarczej wymagające uzyskania koncesji określa art. 46 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, natomiast art. 75 tejże ustawy określa przepisy, w zakresie których wykonywanie działalności gospodarczej wymaga uzyskania zezwolenia. Treść ww. przepisu wskazuje, iż uzyskania zezwolenia wymaga m.in. wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r., Nr 236, poz. 2008 ze zm.). Z tego też względu, Zamawiający w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 r., zmieniającym treść brzmienia pkt 5.1.1 lit. a SIWZ, wyraźnie wskazał, iż w celu potwierdzenia posiadania uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności obejmującej przedmiot zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest załączyć min. aktualne zezwolenie Prezydenta Miasta Bydgoszczy na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (kod 20 03 03 - odpady z czyszczenia ulic i placów oraz podgrupa 20 02 - odpady z ogrodów i parków, w tym z cmentarzy, obejmujące kod 20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji; kod 20 02

02 - gleba i ziemia, w tym kamienie; kod 20 02 03 - inne odpady nie ulegające biodegradacji) - zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206 ze zm.).

Zatem, wątpliwości nie budzi fakt, iż Odwołujący się załączył wymagane dokumenty, potwierdzając tym samym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. decyzję Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 12 lutego 2007 r. na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych o kodach 20 02 01, 2002 03, 20 03 03 oraz decyzję Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 28 stycznia 2009 r. o zmianie decyzji Prezydenta Miasta Bydgoszczy z dnia 12 lutego 2007 r., zezwalającej przedsiębiorcy P.H.U. GITPOL Gabriela Kuca, na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Decyzja z dnia 28 stycznia 2009 r. stanowi, iż przedmiotem działania objętego zezwoleniem, jest odbieranie odpadów o kodach: 20 02 01, 20 02 02, 20 02 03, 20 03 03, a pozostałe postanowienia zezwolenia z dnia 12 lutego 2007 r. nie ulegają zmianie, stąd wynika, że zmiana decyzji określonej w pkt. 1 dotyczy odpadów o kodzie 20 02 02.

W trakcie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wystąpił pismem z dnia 19 lutego 2009 r. do Odwołującego się o wyjaśnienie, czy oferta Wykonawcy, w zakresie Rejonów oznaczonych nr: II i V, nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oceniając wyjaśnienia wraz z przedłożonymi dowodami uznał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże Zamawiający analizując treść protestu złożonego przez "AGRO" Kwiatkowski, Makowski sp. j. przyznaje, iż na etapie oceny złożonych wyjaśnień "popęłił omyłkę", polegającą na niedopatrzeniu, iż Odwołujący się, na potwierdzenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny wykonania zamówienia, załączył umowę na nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji zawartą z p. Romanem F., właścicielem działek we wsi Smolniki 24, która to „w znaczący sposób obniża koszty wykonania usługi koszenia trawników o ok. 50 %. Z treści § 2 ww. umowy wynika, iż P.H.U GITPOL Gabriela Kuca zobowiązuje się do nieodpłatnego dostarczania, a p. Roman F. zobowiązuje się do nieodpłatnego przyjmowania odpadów ulegających biodegradacji, pochodzących z utrzymania terenów zieleni, z terenu Bydgoszcz. Nie ulega wątpliwości, iż treść art. 9 ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazuje wyraźnie, iż zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinno określać dodatkowo m.in. miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Wypełniając dyspozycję ww. przepisu, wydający decyzję (Prezydent Miasta Bydgoszczy) zezwalającą na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w pkt. 6.5 zezwolenia wyraźnie wskazał, iż odebrane odpady zbierane selektywnie przekazywane będą bezpośrednio do Kompleksu Utylizacji Odpadów w

Bydgoszczy. Wskazane w decyzji miejsce składowania odpadów wynika wprost z treści wniosku z dnia 3 listopada 2006 r. p. Gabrieli Kuca prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. GITPOL w sprawie wydania ww. decyzji. Ponadto, treść decyzji rozszerzającej zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wskazuje, iż także odpady o kodzie 20 02 02 (zgodnie z treścią wniosku P.H. U. GITPOL Gabriela Kuca z dnia 10 stycznia 2009 r. o rozszerzenie zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) będą zbierane na samochód i wywożone do Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy.

Analizując powyższe, nie budzi wątpliwości fakt, iż w związku z tym, że ww. decyzje obligują Konsorcjum: P.H.U. GITPOL Gabriela Kuca, BdB INVESTMENTS do dostarczania odpadów do Kompleksu Utylizacji Odpadów w Bydgoszczy, nie można uzasadniać faktu możliwości obniżenia kosztów wykonania usługi koszenia trawników o około 50%, z uwagi na zawartą umowę z p. Romanem F., bowiem realizacja tej umowy stoi w sprzeczności z warunkami wydanych decyzji, na co słusznie zwraca uwagę Protestujący. Takie działanie, stanowiłoby niewątpliwie naruszenie prawa, skutkujące cofnięciem wydanego zezwolenia, na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że jeżeli przedsiębiorca, który uzyskał zezwolenie, nie wypełnia określonych w nim warunków, organ, który wydał zezwolenie, wzywa go do niezwłocznego zaniechania naruszenia tych warunków. Jeżeli przedsiębiorca mimo wezwania nadal narusza te warunki, organ cofa, w drodze decyzji, zezwolenie bez odszkodowania.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący się wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 oraz art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, żądając unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się w zakresie rejonów II i V oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo "ZIELEŃ MIEJSKA" Sp. z o.o. (rejon II) oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy "AGRO" Kwiatkowski, Makowski sp. j. (rejon V) i podtrzymania ważności decyzji z dnia 6 marca 2009 r. w sprawie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego się w zakresie rejonu II i V.

Odwołujący się stwierdza, iż czynności odrzucenia jego oferty oraz ponownego wyboru ofert w rejonach II i V dokonane zostały przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, w przypadku uwzględnienia protestu, Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej niezwłocznie tylko w przypadku, jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Jeżeli, co najmniej, jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione, Zamawiający może powtórzyć oprotestowaną czynność lub

dokonać czynności bezprawnie zaniechanej, dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Rozstrzygnięcie protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 24 marca 2009 r. wskazuje tymczasem na uwzględnienie żądania firmy „AGRO” Kwiatkowski, Makowski sp.j., dotyczącego rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający rozstrzygając protest ww. wykonawcy, nie uwzględnił wszystkich żądań zgłoszonych w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania, protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem wstrzymanie się od decyzji o powtórzeniu oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, do wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający uznał, iż ofertę Odwołującego się należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego się, należy wyłączyć z dalszych rozważań możliwość odrzucenia oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż nie zawiera ona żadnych błędów w obliczeniu ceny. Zdaniem Odwołującego się, z błędem w obliczeniu ceny można mieć do czynienia w szczególności w sytuacji obliczenia ceny w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w tym zakresie w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zamieścił taki opis w pkt 11 SIWZ. Cena ofertowa Odwołującego się została obliczona ściśle wg tego opisu, w szczególności uwzględnia niezbędne nakłady pozwalające osiągnąć cel oznaczony w umowie, okres realizacji zamówienia, ustaloną formę wynagrodzenia, została sporządzona w walucie polskiej i zawiera prawidłową kwotę podatku od towarów i usług (VAT). Zamawiający nigdy nie kwestionował tego faktu. Również w przesłanym w dniu 25 marca 2009 r. zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego się, jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego się wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4, a nie ust. 6 ustawy Pzp.

W sytuacji, gdy Zamawiający uważa, iż koszty uwzględnione przy obliczeniu ceny są niewiarygodne, wówczas wszczyna procedurę określoną w art. 90 ustawy Pzp, której celem jest ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozdzielenie, dokonane w ustawie, "rażąco niskiej ceny" od "błędu w obliczeniu ceny" wskazuje, iż tych pojęć nie wolno utożsamiać. Tymczasem Zamawiający uwzględniając protest, powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i te pojęcia połączył.

Kwestią fundamentalną do rozstrzygnięcia nawiązanego pomiędzy Odwołującym się a Zamawiającym sporu, winno być ustalenie, czy Zamawiający słusznie wywiódł z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego się (tj. oferty oraz wyjaśnień udzielonych w dniu 25 lutego 2009 r.), iż oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotne jest również to, iż sporna jest tylko wycena jednego elementu oferty,



jakim jest koszenie trawników. Co do pozostałych elementów wyceny, Zamawiający nie ma żadnych zastrzeżeń i przyjął za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego się. Spór dotyczy zatem tylko jednej kwestii, a mianowicie tego, czy Odwołujący się ma prawo, świadcząc w ramach przedmiotowego zamówienia w przyszłości usługę koszenia trawników, przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami, powstałe w wyniku tej czynności odpady ulegające biodegradacji, czy też zobowiązany jest je przekazywać wyłącznie do miejsca wynikającego z decyzji Prezydenta Bydgoszczy, zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, tj. do Kompleksu Utylizacji Odpadów w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28 (pkt 6 ppkt 5 przedmiotowej decyzji).

Po pierwsze, nie jest prawdą, iż czynność przekazywania osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami, odpadów ulegających biodegradacji powstałych w wyniku koszenia trawników jest wyłączona z zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, a ich podjęcie wymaga uzyskania zezwolenia. Kwestię, czy prowadzenie działalności w zakresie wykonywania czynności związanych z gospodarowaniem odpadami wymaga uzyskania zezwolenia należy rozstrzygać w świetle przepisów ustawy o odpadach. Zamawiający błędnie wywodzi z przepisów określających warunki udzielania zezwoleń podmiotom świadczącym usługi w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenie gminy (tj. ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach), prawo bądź zakaz, przekazywania przez Odwołującego się, osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami, odpadów ulegających biodegradacji. Abstrahuje przy tym od podstawowej regulacji prawnej w tym zakresie, tj. przepisów ustawy o odpadach. Tymczasem, zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, zasady odzysku lub unieszkodliwiania odpadów regulują odrębne przepisy (w szczególności przywołana ustawa o odpadach).

Po drugie, zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 13 i 22 ustawy o odpadach, Odwołujący się, w ramach realizacji przyszłej umowy w zakresie koszenia trawników będzie miał status "wytwórcy odpadów". Nie ulega również wątpliwości, iż każdy wytwórca odpadów jest jednocześnie "posiadaczem odpadów" (art. 3 ust. 3 pkt 13 ustawy o odpadach). Posiadacz odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, chyba, że działalność taka nie wymaga zezwolenia (art. 25 ust. 2 ustawy o odpadach). Zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku nie wymaga prowadzenie działalności w zakresie wykorzystywania odpadów na własne potrzeby przez osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami (art. 33 ust. 2 ustawy o odpadach) Posiadacz odpadów może przekazać określone rodzaje odpadów w celu ich wykorzystania osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej, nie będącym przedsiębiorstwami, na ich własne

potrzeby (art. 33 ust. 1 ustawy o odpadach). Na podstawie delegacji zawartej w art. 33 ust. 3 ustawy o odpadach, Minister Środowiska określił listę rodzajów odpadów, które posiadacz odpadów może przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorstwami, oraz dopuszczalne metody ich odzysku (Dz. U. z 2006 r., Nr 75, poz. 527 ze zm.). Na liście znajdują się odpady ulegające biodegradacji, oznaczone kodem 20 02 01, jakie będą powstawać w wyniku koszenia trawników. Dla tego rodzaju odpadów, rozporządzenie określa jako dopuszczalną metodę odzysku, wykorzystanie odpadów ulegających biodegradacji do wykorzystania w przydomowych kompostownikach. Zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpadach, możliwy jest odzysk oraz unieszkodliwianie odpadów poza instalacjami lub urządzeniami spełniającymi określone wymagania, przez osoby fizyczne prowadzące kompostowanie na potrzeby własne. Do takich osób zaliczyć należy p. Romana F., z którym zawarta została kwestionowana przez Zamawiającego umowa na nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji.

Po trzecie, w żadnej części SIWZ, Zamawiający nie określił zakazu przekazywania odpadów ulegających biodegradacji osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami w celu ich wykorzystania na własne potrzeby. Wprowadzenie takiego zakazu po upływie terminu składania ofert, co ma zdaniem Odwołującego się miejsce w omawianej sprawie, narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zakaz taki naruszałby zasady gospodarowania odpadami, gdyż de facto stanowiłoby to utrudnianie prowadzenia działalności w zakresie odzysku. Gdyby Odwołujący się wiedział, na etapie przygotowywania oferty, iż w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne, Zamawiający zakazywać będzie podejmowania prawnie dopuszczalnych, na podstawie art. 33 ust. 1 ustawy o odpadach, działań, inaczej skalkulowałby cenę ofertową.

Po czwarte, zdaniem Odwołującego się, Zamawiający nie może, w świetle wymagań SIWZ i obowiązujących przepisów prawa, żądać od Odwołującego się, aby ten wytworzone przez siebie odpady powstałe wskutek koszenia trawników, klasyfikowane jako odpady ulegające biodegradacji (kod 20 02 01), bezwzględnie transportował w miejsce wskazane w pkt 6 ppkt 5 przedmiotowej decyzji. Obowiązek taki, o czym mowa było wcześniej, nie wynika z treści SIWZ. Nie można go również wywieść (w zakresie omawianych odpadów ulegających biodegradacji) z przepisów ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz ustawy o odpadach. Odwołujący się, w świetle ustawy o odpadach, ma co najmniej dwie możliwości zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji: dostarczyć je do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania wskazanych w zezwoleniu na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - art. 25 ust. 6 ustawy o odpadach (taka sytuacja jest zawsze wymagana jeżeli chodzi o odpady inne niż wskazane w

rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie listy rodzajów odpadów, które posiadacz odpadów może przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącymi przedsiębiorstwami, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku), lub przekazać je w celu ich wykorzystania osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej, nie będącym przedsiębiorstwami, na ich własne potrzeby – art. 33 ust. 1 ustawy o odpadach. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż w sytuacji, gdy odpady ulegające biodegradacji powstają przy koszeniu trawników, to ich wytwórcą jest sam Wykonawca usługi i nie dochodzi w tym przypadku do "odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości", a do ich "zbierania" (art. 3 ust. 3 pkt 23 ustawy o odpadach). Odbiór odpadów ulegających biodegradacji i ich transport, jest czynnością odrębną od "zbierania" odpadów. Do "odbierania odpadów" dochodzi w sytuacji ich odbierania od Wykonawcy usługi, który włada nieruchomością, na której prowadzone są prace, a zatem jest wytwórcą i posiadaczem odpadów w rozumieniu przepisów o odpadach.

Po piąte, Zamawiający błędnie wywiódł z treści oferty Odwołującego się, udzielonych przez niego w dniu 25 lutego 2009 r. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz przepisów ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, iż ten musi osobiście prowadzić działalność w zakresie transportu omawianych odpadów podlegających biodegradacji. Zamawiający pominął w swoich rozważaniach ważny fakt, iż transport tych odpadów może być świadczony przez osobę fizyczną, która odbiera odpady (zgodnie z art. 33 ust. 1a ustawy o odpadach, transport odpadów przekazywanych osobie fizycznej w celu ich wykorzystania na własne potrzeby, do miejsca wykorzystania tych odpadów, nie wymaga zezwolenia), jak również transport taki może być powierzony podmiotowi prowadzącemu działalność w zakresie transportu odpadów (posiadającemu stosowne zezwolenie). W jednym i drugim przypadku dochodzi do znacznych oszczędności, gdyż osoba fizyczna odbiera odpady bezpłatnie. Odwołujący się informuje, iż poza decyzją Prezydenta Bydgoszczy zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, posiada on ważną do 30 lipca 2013 r. decyzję Prezydenta Miasta Skierniewice, stanowiącą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Jeżeli taka potrzeba by zaszła, Odwołujący się ma zatem możliwość osobistego transportu odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych osobie fizycznej w celu ich wykorzystania na własne potrzeby, do miejsca wykorzystania tych odpadów.

Po szóste, bezpodstawne zarzuty firmy "AGRO" i Zamawiającego, w zakresie zaproponowanego przez Odwołującego się sposobu obniżenia kosztów świadczenia usług koszenia trawników, naruszają zasady gospodarki odpadami oraz kłócą się z narzuconymi na jednostki samorządu terytorialnego zadaniami w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi (rozdz. 2 i 3a ustawy o odpadach). Podstawową zasadą jest takie gospodarowanie odpadami, które zapobiega ich powstawaniu lub ogranicza ich ilość, a w

przypadku, gdyby nie udało się zapobiec powstawaniu odpadów - zapewnienie zgodnego z ochroną środowiska ich odzysku (art. 5 ustawy o odpadach). Posiadacz odpadów jest wręcz zobowiązany w pierwszej kolejności do poddania ich odzyskowi (art. 7 ust. 1 ustawy o odpadach). Zgodnie z art. 16a ustawy o odpadach, do obowiązków gmin należy z kolei zapewnienie warunków funkcjonowania systemu selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych, aby było możliwe m.in. ograniczenie składowania odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

Zadziwiający jest przede wszystkim to, iż Zamawiającym jest Miasto Bydgoszcz, które w uchwalonym "Planie gospodarki odpadami dla Miasta Bydgoszczy na lata 2005-2012" informuje, że odpady z terenów zieleni powinny być zagospodarowane przez przedsiębiorstwa zajmujące się oczyszczaniem tych terenów (uchwała Rady Miasta Bydgoszczy z dnia 26 października 2005 r., Nr LVI1108/05, podrozdział "Odbieranie odpadów komunalnych wytworzonych na obszarze miasta Bydgoszczy" - Odpady ulegające biodegradacji, str. 68).

Z wyliczeń Zamawiającego zawartych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego się wynika, iż zniżenie kosztów wynosi odpowiednio 581.048,85 zł - rejon II i 564.168,39 zł - rejon V. Przy takich wyliczeniach, zysk Odwołującego się w zakresie rejonu II wyniósłby tylko 7.322,56 zł (588.371,41 zł - 581.048,85 zł), natomiast w zakresie rejonu V Odwołujący się poniósłby stratę w wysokości aż 170.216,75 zł. Przedmiotowe wyliczenia są sprzeczne z treścią oferty Odwołującego się i udzielonych przez niego wyjaśnień, a poza tym są pozbawione logiki. Jest rzeczą oczywistą, iż korzystanie z możliwości przekazywania odpadów ulegających biodegradacji osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami w celu ich wykorzystania na własne potrzeby (w konkretnej sprawie na podstawie umowy o nieodpłatne odbieranie odpadów z p. R. F.) pozwala na obniżenie kosztów o ok. 50% składnika ceny dotyczącego wywozu, a nie jak błędnie ocenił to Zamawiający - obniżenia całej ceny ofertowej dotyczącej koszenia trawników. Wyjaśnienie Odwołującego się, udzielone w pkt 1.5 pisma z dnia 25 lutego 2009 r., dotyczy wyraźnie obniżenia kosztów koszenia trawników o ok. 50% w kontekście umowy o nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji. Zamawiający nie może nie wiedzieć, iż na cenę koszenia trawników nie składa się wyłącznie koszt wywozu wytworzonych odpadów, ale również koszt koszenia oraz zysk. Ewentualnemu zwiększeniu o 50%, w przypadku negocjowania umowy na nieodpłatne odbieranie odpadów, ulega zatem jedynie składnik kosztów wywozu odpadów ulegających biodegradacji. Z treści udzielonych przez Odwołującego się wyjaśnień wynika jasno, iż zysk w cenie na rejon II wynosi 30%, a na rejon V 18,5%. Po odliczeniu zysku w cenie ofertowej za koszenie trawników pozostają zatem składniki: koszt koszenia i wywozu odpadów, które występują do siebie w proporcjach odpowiednio 70% koszt koszenia oraz 30% koszt wywozu odpadów. Niewykorzystanie

zatem kwestionowanej umowy na nieodpłatne odbieranie odpadów powodowałyby wzrost całkowitych kosztów świadczenia usługi koszenia trawy odpowiednio o 21% - rejon II i 24% rejon V. Jest zatem rzeczą nieuzasadnioną twierdzenie, iż w sytuacji braku możliwości korzystania z umowy o nieodpłatny odbiór odpadów zawartej z p. R. F., całkowite ceny koszenia trawników należałoby podnieść aż o 50%. Odwołujący się zwraca szczególną uwagę, iż nawet w sytuacji zwiększenia o 50% kosztów wywozu odpadów, w całkowitej cenie za świadczenie usług koszenia trawy, "niedoszacowanie" w kosztach wyniosłoby na rejon II - 122.020,25 zł, natomiast na rejon V - 135.400,41 zł. Doliczenie tych kosztów do innych, niekwestionowanych przez Zamawiającego kosztów świadczenia usług w zakresie rejonu II i V obniżyłoby tylko zysk Odwołującego do 466.351,16 zł - rejon II oraz do 258.551,23 zł - rejon V. Nie może być zatem mowy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy Odwołujący się po uwzględnieniu wszystkich "bezsportnych kosztów" osiąga wciąż zysk i to na tak wysokim poziomie.

Odwołujący się przyznaje, iż omyłkowo w wyjaśnieniu dotyczącym ceny koszenia trawników nadmienił o fakcie, iż liście, ziemia i karpina podlegają biodegradacji. Zwraca jednak uwagę na okoliczność, iż jego wyjaśnienie wskazujące na obniżenie kosztów o ok. 50% nie odnosi się do tego asortymentu, ale do koszenia trawników.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Pzp „polegające na nie odrzuceniu oferty złożonej z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia obliczoną wskutek błędów innych niż określone w art. 88 ustawy, bowiem odnoszących się m. in. do umowy o świadczenie niemożliwe”. Zamawiający protest w tym zakresie uwzględnił. Zatem, Zamawiający uznał, iż skalkulowanie kosztów utrzymania trawników w oparciu, w szczególności o umowę zawartą z p. R. F., stanowi o błędzie w obliczeniu ceny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko Zamawiającego jest błędne. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nakazuje odrzucić ofertę w sytuacji stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny. Jakkolwiek ustawa nie zawiera definicji „błędu w obliczeniu ceny”, to jednak wykładnia gramatyczna analizowanego przepisu prowadzi do wniosku, iż o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu,

czego oczekuje zamawiający. Tymczasem, w niniejszym stanie faktycznym, z sytuacją taką nie mamy do czynienia. Sposób kalkulacji ceny i kształtowanie czynników cenotwórczych przez wykonawcę, stanowi strategię budowania ceny jego oferty i przekłada się bezpośrednio na konkurencyjność. W tych okolicznościach nie sposób się zgodzić, iż przyjęcie przez Odwołującego się, że odpady powstające w wyniku koszenia trawników, jako biodegradowalne, będą nieodpłatnie przekazywane do kompostowania, co w konsekwencji obniży koszt utrzymania trawników, stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca w sposób świadomy kalkulował cenę oferty, a jednym ze sposobów jej obniżania było przyjęcie wskazanego rozwiązania. Ocena legalności zastosowanego rozwiązania pozostaje bez wpływu na stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny. Należy zwrócić bowiem uwagę na fakt, że przesłanką odrzucenia oferty nie jest jej niezgodność z prawem, a niezgodność z ustawą Pzp lub jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów. Zaś, działania sprzeczne z prawem należy kwalifikować zgodnie z odrębnymi przepisami.

Należy zwrócić również uwagę, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie jest konsekwentne. Niezależnie od faktu, iż Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie wskazywał argumentacji na poparcie trafności przyjętego poglądu, Zamawiający w kolejnych czynnościach postępowania nie podtrzymuje go. W piśmie z dnia 25 marca 2009 r., informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego się, jako podstawę podjętej decyzji wskazuje jedynie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza, iż zarówno w przepisach prawa, jak również w działaniu Zamawiającego brak podstaw do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego się.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego się z powodu zaistnienia wskazanej przyczyny przyjmując, iż skoro odbiór odpadów biodegradowalnych nie może odbywać się w sposób wskazany przez Odwołującego się, gdyż stoi on w sprzeczności z prawem, to oznacza, iż wycena usługi w powyższym zakresie jest wadliwa, bowiem odbieranie przedmiotowych odpadów nie może się odbywać nieodpłatnie, a w konsekwencji nie stanowi podstawy do obniżenia kosztów usługi koszenia trawników o 50 %. Przyjęte stanowisko jest nieprawidłowe z kilku powodów. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Brak w ustawie definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”, jednakże zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa należy przyjąć, że jest to cena nierealna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ściślej do wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, ale również do średniej ceny pozostałych ofert i cen rynkowych. Powyższe założenie prowadzi do wniosku, że cena rażąco niska nie pozwala na zrealizowanie zamówienia, a tym bardziej w sposób rzetelny. Ponadto istotne jest, że ustawodawca odnosi rażąco niską cenę do ceny

oferty, a nie jej składników. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie uwzględnił powyższych okoliczności. Odwołujący się w wyjaśnieniach z dnia 25 lutego 2009 r. wykazał wiele czynników mających wpływ na obniżenie ceny oferty. I tak, na oszczędność metody wykonania zamówienia składają się: konkurencyjne ceny materiałów koniecznych do realizacji zamówienia oraz fakt, że część z tychże materiałów pozyskiwana jest z własnej szkółki drzew i krzewów, używanie własnego sprzętu, nieodpłatne odbieranie odpadów ulegających biodegradacji przez osobę fizyczną, odstąpienie od utylizacji gałęzi, a wręcz pozyskanie surowca, pielęgnacja i wycinaka drzew metodą alpinistyczną, segregacja odpadów, zastosowanie agrożelu. Istotny wpływ na cenę ma również udzielona Odwołującemu się pomoc publiczna w ramach zasady de minimis oraz czynniki pozatechniczne (niskie koszty prowadzenia firmy, zarówno osobowe, jak i inne, praca własna Odwołującego się i jego duże doświadczenie). Spośród wymienionych okoliczności, Zamawiający zakwestionował jedynie jedną, dotyczącą odpadów biodegradowalnych, powstałych w wyniku koszenia trawników. Tymczasem, jak już wspomniano, zakwestionowanie jednego elementu ceny, czy też stwierdzenie, że cena tego elementu jest rażąco niska nie świadczy o tym, iż cena oferty jest rażąco niska. Tym bardziej w warunkach niniejszego postępowania, gdzie na cenę oferty składa się nie tylko cena utrzymania trawników, ale również ceny innych usług, w przypadku rejonu V – 43 rodzajów czynności (np. wykonanie, pielęgnacja i renowacja trawników, sadzenie roślin cebulowych i krzewów, pielęgnacja krzewów, nasadzenie, cięcie i pielęgnacja żywopłotów, oczyszczanie obiektów parkowych, terenów zieleni przyulicznej i podtorzy, utrzymywanie koszy na odpady itp.). Uznanie przez Zamawiającego za realne cen usług, składających się na wykonanie zamówienia, za wyjątkiem utrzymania trawników, powoduje, że nie sposób przyjąć, iż z tej przyczyny cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający pomija fakt, że zaproponowany przez Odwołującego się odbiór odpadów biodegradowalnych powoduje obniżenie w istocie kosztów wywozu odpadów, a nie usługi utrzymania trawników o 50%. Potwierdza to zarówno treść wyjaśnień, jak i załącznik do SIWZ, w którym zdefiniowano czynność utrzymania trawników.

Istotny jest również fakt, że jeśli by nawet przyjąć, iż usługa odbioru odpadów biodegradowalnych nie może być realizowana nieodpłatnie, bowiem odpady powinny być przekazywane na składowisko, to w cenie oferty mieścić się będą koszty wykonania wszystkich usług składających się na przedmiotowe zamówienie (łącznie z uwzględnieniem niedoszacowania) i zysk. Skoro bowiem koszt utrzymania trawników stanowi ok. 20% ceny oferty i przy założeniu, że koszt odbioru odpadów wynosi nawet 50% tej ceny, to spowodowałoby to jedynie obniżenie zysku Odwołującego się i pozostaje bez wpływu na ranking ofert. W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, że cena jest rażąco niska, przez co nie gwarantuje wykonania zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynienie powyższego założenia nie jest konieczne, gdyż odbiór odpadów biodegradowanych w sposób zaproponowany przez Odwołującego się jest zgodny z prawem. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wskazanie w zezwoleniu na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, miejsca ich odzysku lub unieszkodliwiania nie kreuje obowiązku przekazywania wszystkich zbieranych odpadów do wskazanego miejsca, z powodu następujących przyczyn. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że zasady odzysku i unieszkodliwiania odpadów regulują odrębne przepisy. Tak więc podmiot posiadający uprawnienie do zbierania odpadów może, a nawet powinien postępować z nimi w sposób wskazany w ustawie o odpadach. Po drugie, zezwolenie powinno określać również sposób realizacji obowiązku ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji, co więcej dopuszczalny do składowania poziom tych odpadów (art. 9 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach). Oznacza to, że wskazanie miejsca ma jedynie skutek w postaci określenia właściwości miejscowej i rzeczowej składowiska. Powyższe potwierdza również norma zawarta w przepisie art. 9a ust. 2 pkt 4 ww. ustawy, zgodnie z którą prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych ma obowiązek sporządzania i przekazywania wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta informacji dotyczącej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji nieskładowanych na składowiskach odpadów i sposobów lub sposobu ich zagospodarowania.

Skoro potwierdziło się stanowisko Odwołującego się, iż przedsiębiorca legitymujący się uprawnieniem do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może zagospodarować przedmiotowe odpady w taki sposób, że albo je przekaże na określone w zezwoleniu składowisko, albo zagospodaruje w sposób zgodny z ustawą o odpadach. Zgodnie z zasadami gospodarowania odpadami, posiadacz odpadów jest obowiązany w pierwszej kolejności do poddania ich odzyskowi, a jeżeli jest on niemożliwy lub nieuzasadniony, to odpady te należy unieszkodliwiać (art. 7 ust. 2 ustawy o odpadach). Jednocześnie, posiadacz odpadów może przekazać określone rodzaje odpadów w celu ich wykorzystania osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej, niebędącymi przedsiębiorcami, na ich własne potrzeby (art. 33 ust. 1 ustawy o odpadach). Zaś, prowadzenie działalności w zakresie wykorzystania odpadów na potrzeby własne wskazanych osób, nie wymaga zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (art. 33 ust. 2 ustawy o odpadach). Odpady ulegające biodegradacji, znajdują się na liście odpadów określonej w formie rozporządzenia przez Ministra Środowiska, które posiadacz odpadów może przekazać ww. osobom, a dopuszczalny proces odzysku to recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki (włączając kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania) – rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 21 kwietnia 2006 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które posiadacz



odpadów może przekazać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku.

Nietrafny jest również argument Zamawiającego, że odpady powstałe w wyniku koszenia trawników nie powinny być składowane poza składowiskiem, gdyż są zanieczyszczone. Powyższy pogląd nie znajduje uzasadnienia w świetle postanowień SIWZ, zgodnie z którymi usługa utrzymania trawników obejmuje nie tylko usługę ich koszenia, ale również zbierania śmieci i wywozu odpadów (Załącznik do SIWZ pn. „Szczegółowy opis, zakres i warunki realizacji zamówienia”).

Podobnie należy ocenić argument, iż odpady powinny być unieszkodliwiane w miejscu ich wytworzenia. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 3 ustawy o odpadach, tzw. zasada bliskości dotyczy niesegregowanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalnych odpadów ściekowych. Zaś, w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z odpadami niesegregowanymi. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 15 ust. 7a ustawy o odpadach, gminny plan gospodarki odpadami obejmuje odpady komunalne powstające na obszarze danej gminy oraz przywożone na jej obszar, z uwzględnieniem odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz odpadów niebezpiecznych zawartych w odpadach komunalnych.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje też fakt, że w umowie z p. R. Florczakiem wskazane są dwa procesy odzysku R3 i R10 podczas, gdy dopuszczalny jest tylko jeden. Powyższy fakt pozostaje bez wpływu na cenę i możliwości jej obniżenia. Ponadto, nie sposób zakładać, że właśnie proces R10 będzie wykorzystywany do odzysku odpadów ulegających biodegradacji.

W niniejszym postępowaniu należy odróżnić ocenę czynników mających wpływ na wysokość ceny od oceny legalności zastosowanych rozwiązań. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w istocie uznał, iż sporne rozwiązanie stanowi obiektywny czynnik powodujący obniżenie ceny, jednakże zakwestionował je z punktu widzenia zgodności z prawem, co doprowadziło do odrzucenia oferty. Takie działanie nie jest uprawnione. Stwierdzenie bowiem faktu wykonywania działalności w sposób sprzeczny z decyzją powinno skutkować jej cofnięciem, na podstawie przepisu art. 9 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, a w konsekwencji wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż wystąpiły okoliczności stanowiące podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, choć należy zauważyć, że Odwołujący się nie zwrócił uwagi, iż ustawodawca we wskazanym przepisie w sposób wyraźny rozróżnia żądania i zarzuty. Powyższe powoduje, iż zamawiający jest uprawniony do powtórzenia oprotestowanej czynności lub dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. W niniejszym stanie faktycznym Protestujący żądał

wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Zamawiający rozstrzygając protest, uwzględnił tylko jedno z żądań Protestującego, w przedmiocie odrzucenia oferty. W tych okolicznościach, dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego się i powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za przedwczesne.

Jednocześnie brak podstaw do uwzględnienia żądania odwołania w zakresie Rejonu II. Rozstrzygające znaczenie ma fakt, że odwołanie zostało wniesione od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczył wyłącznie wyboru oferty najkorzystniejszej w Rejonie V. Kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie Rejonu II, może nastąpić jedynie na drodze wnoszenia odrębnych środków ochrony prawnej. Nie ulega bowiem wątpliwości, że instytucja przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu jest determinowana zakresem protestu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Dowody przedstawione przez Odwołującego się, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie służyły stwierdzeniu faktów, które miały być ich przedmiotem.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*