

WYROK
z dnia 14 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ul. Obroki 140 (40-833 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Śląski z siedzibą w Katowicach przy ul. Bankowej 12 (40-007 Katowice)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II.1) *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części A zamówienia oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert odnośnie powyżej wskazanej części zamówienia, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. "REKO" J. C. z siedzibą w Myszkowie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.).
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w części 1/2 oraz zamawiającego Uniwersytet Śląski z siedzibą w Katowicach w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez pełnomocników ww. wykonawcy w związku z uiszczeniem opłat skarbowych od pełnomocnictw;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Śląskiego z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, kwotę w wysokości 7 517 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset

siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Śląski w Katowicach zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usługa wywozu nieczystości stałych i odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych na terenie miast: Katowice, Boguchwałowice, Chorzów*, o numerze referencyjnym: DZP.381.015.2021.UGU, zwane dalej „postępowaniem”. Postępowanie zostało podzielone na trzy części oznaczone literami A, B i C (część A dotyczyła wywozu nieczystości stałych i odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych na terenie Katowic).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2021 r., pod numerem 2021/S 098-256617.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 11 sierpnia 2021 r. wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w zakresie części A zamówienia od:

- zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez J. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. „REKO” J. C. z siedzibą w Myszkowie (zwanego dalej jako: „REKO” lub „wykonawcą”) z powodu rażąco niskiej ceny oraz z powodu niezłożenia w terminie podmiotowych środków dowodowych;
- zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy REKO do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu;
- czynności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy REKO.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 Pzp przez niezastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 224 ust. 6 Pzp oraz niewłaściwe zastosowanie art. 224 ust. 1, 2 i 5 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że wykonawca REKO wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu i zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny oraz przez dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp przez ich niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy REKO do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu, w tym do przedstawienia dowodów oraz przez dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 c) Pzp w związku z §9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Z 2020 r. poz. 2415 – zwanego dalej: „rozporządzeniem”) przez niezastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2c) i niewłaściwe zastosowanie 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia polegające na bezpodstawnym przyjęciu, że wykonawca REKO złożył odpowiadające wymogom tych przepisów podmiotowe środki dowodowe i zaniechanie odrzucenia oferty z powodu ich niezłożenia oraz przez dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Opierając się na postawionych zarzutach odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz;
- ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty REKO, a następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania na okoliczność ustalenia, że zaoferowane przez REKO ceny są znacząco niższe od cen rynkowych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów Pzp, mógł ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści jakie uzyskałby gdyby w następstwie odrzucenia oferty REKO doszło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy o realizację zamówienia. Tym samym odwołujący stwierdził, że posiada legitymację do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na kwestię rażąco niskiej ceny. W tym aspekcie wskazał, że ponieważ oferta REKO była niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów.

Pismem z 13 lipca 2021 r. wykonawca REKO złożył odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, odwołujący stanął na stanowisku, że wbrew obowiązkowi z art. 224 ust. 5 Pzp wykonawca REKO nie wykazał, że jego oferta nie zawiera

rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przede wszystkim zaś nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających przedstawioną kalkulację. W szczególności wykonawca nie wskazał na jakiej podstawie przyjął założenia wyjściowe przedstawionej kalkulacji i nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, że przyjęte założenia są wiarygodne. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy są zupełnie nieweryfikowalne, w związku z czym brak jest podstaw do przyjęcia, że wykazał on, że oferta nie zawiera rażącej ceny lub kosztu. Mając powyższe na względzie odwołujący podniósł, co następuje:

1) wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów celem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, mimo, że art. 224 Pzp stanowi jasno, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień, w tym przedstawienie dowodów;

2) wykonawca przedstawił wprawdzie jak skalkulował zysk dla każdej kategorii odpadów, podał dane wyjściowe takie jak koszt utylizacji odpadów, koszty pracownicze, koszty paliwa oraz ofertową wartość wynagrodzenia za odbiór odpadów, jednak nie podał, na jakiej podstawie i w jaki sposób oszacował koszty odbioru odpadów, koszty pracownicze i koszty paliwa;

3) wykonawca w części wyjaśnień pt. Czynniki wpływające na cenę, w pkt h) podał wprawdzie, że posiada dwie instalacje do przetwarzania odpadów, ale są to:

- instalacja do produkcji regranulatu z odpadowych folii LDPE oraz
- kabina sortownicza do selektywnej zbiórki;

4) kabina sortownicza jak sama nazwa wskazuje służy wyłącznie do sortowania odpadów zebranych selektywnie na poszczególne frakcje. Posiadanie kabiny sortowniczej nie rozwiązuje jednak problemu ich całkowitej utylizacji i unieszkodliwiania. Jedynie część wysortowanych odpadów nadaje się do sprzedaży. Natomiast pozostałą znaczną część należy zutylizować lub unieszkodliwić i to zgodnie z wymaganiami obowiązujących przepisów prawa. Nieprawidłowe zagospodarowanie odpadów może stanowić zagrożenie dla środowiska naturalnego, a także dla ludzi i dla zwierząt. Wymieniona instalacja do produkcji regranulatu pozwala na wykorzystanie wyłącznie odpadowych folii LDPE. Wykonawca nie wskazał jednak w jaki sposób zamierza zagospodarować odpady pozostałe po wyodrębnieniu folii odpadowych, jak również odpadów zmieszanych, bio i wielkogabarytów oraz gruzu. W wyjaśnieniach brak informacji czy posiada np. umowę z jakimś zakładem utylizacji odpadów, jak daleko ten zakład utylizacji znajduje się od siedziby wykonawcy, na jakich warunkach finansowych przyjmowane są odpady, a co za tym idzie, jakie będą rzeczywiste koszty utylizacji odpadów, które zamierza odbierać od zamawiającego. Wykonawca podał jedynie cenę odbioru makulatury i butelek PET, jednak poza makulaturą, butelkami PET oraz folią odpadową, wykorzystywaną przez wykonawcę do produkcji regranulatu, w skład odpadów wchodzi również inne frakcje;

5) wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów eksploatacji obu wymienionych instalacji. Posiadanie instalacji z pewnością może obniżać koszty utylizacji odpadów ale ich eksploatacja nie jest bezkosztowa. Wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji przewidywane koszty jej eksploatacji takie jak energia elektryczna, koszty pracowników obsługi instalacji, koszty obsługi technicznej, koszty serwisu i naprawy, ubezpieczenia;

6) wykonawca nie wskazał również jaki procent przewidywanych odpadów odbieranych od zamawiającego zostanie przez niego wykorzystany w instalacji do produkcji regranulatu. Ma to tym większe znaczenie, że od 1 lipca 2008 r. świadczył on na rzecz zamawiającego usługę odbioru odpadów i powinien posiadać te dane. Innymi słowy, wykonawca nie wskazał jaką część odpadów zamierza przetwarzać przy użyciu własnej instalacji, a jaką będzie przekazywał do utylizacji podmiotom zewnętrznym. Informacja w tym zakresie ma istotne znaczenie cenotwórcze. Nie bez znaczenia jest bowiem, że wykonawca po odebraniu odpadów od zamawiającego nie przekaze ich bezpośrednio do zakładu utylizacji ale najpierw będzie je musiał przywieźć na teren własnego zakładu w Myszkowie, poddać procesowi sortowania, wyodrębnić odpadową folię LPDE, a pozostałe frakcje ponownie załadować na środki transportu i zawieźć do miejsca utylizacji. Odwołujący przypuszczał, że w kosztach paliwa i kosztach pracowniczych nie zostały ujęte przez wykonawcę koszty związane z załadunkiem odpadów pozostałych po wyodrębnieniu folii odpadowej i ich transportem do zakładu utylizacji odpadów;

7) wykonawca w żaden sposób nie wskazał, na jakich założeniach przyjął podane średnioroczne koszty pracownicze. Podał wprawdzie, że zatrudnia pracowników zgodnie z przepisami prawa i że kwoty przyjęte do wyliczenia nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej (pkt j – w części Czynniki wpływające na cenę), nie podał jednak jak wyliczył średnioroczne koszty pracownicze związane z odbiorem odpadów od zamawiającego;

8) wykonawca nie podał ilości pracowników przeznaczonych do obsługi zamawiającego ani danych na temat wysokości ich wynagrodzeń. Podał wprawdzie, że załogi śmieciarki pracują w dwuosobowym składzie dzięki czemu oszczędza na kosztach jednego etatu, jednak nie podał ile takich załóg i z jaką częstotliwością wykorzystywał będzie do obsługi zamawiającego. Ilość załóg, częstotliwość odbioru odpadów i dane na temat wysokości wynagrodzenia (bez ujawniania danych osobowych) pozwoliłyby zweryfikować wiarygodność podanych średniorocznych kosztów pracowniczych;

9) wykonawca wskazał, że posiada stały zespół do obsługi zamawiającego, nie podał jednak ilu pracowników go tworzy ani czy kalkulując koszty pracownicze uwzględnił pracowników spoza zespołu na wypadek urlopu lub pracowników oddelegowanych do obsługi zamawiającego;

- 10) Bez wątpienia kosztem pracowniczym przy realizacji zamówienia są nie tylko koszty zespołu śmieciarki, ale i pracownicy zatrudnieni przy obu ww. instalacjach, a także pracownicy administracyjni zajmujący się rozliczaniem kontraktu i fakturowaniem. Wykonawca nie wskazał czy uwzględnił te koszty w kosztach pracowniczych;
- 11) odwołujący zwrócił uwagę na wewnętrzną sprzeczność w wyjaśnieniach wykonawcy. W pkt a) w części pt. Czynniki wpływające na cenę podał on, że brak rotacji pracowników (stały zespół) obniża koszty szkolenia nowo przyjętych osób (nie ma potrzeby szkolenia nowych pracowników), a nieco dalej podał: „nasi pracownicy stale podnoszą swoje kwalifikacje i są poddawani licznym szkoleniom”. Jak się wydaje, wykonawca nie uwzględnił jednak kosztów tych szkoleń w kosztach pracowniczych;
- 12) wykonawca nie wskazał w jaki sposób wyliczył przewidywane koszty paliwa na potrzeby realizacji kontraktu;
- 13) wykonawca poprzestał na ogólnych sformułowaniach, że zakup nowych środków transportu pozwolił mu obniżyć zużycie paliwa odpowiednio o 25% i 38% oraz, że z uwagi na hurtowy zakup paliwa i kredyt kupiecki oszczędza ok. 0,09 zł na litrze zakupionego paliwa. Wykonawca nie podał jednak ile pojazdów będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia, tym bardziej że chodzi o odbiór i transport różnych frakcji (odpady zmieszane, segregowane, bio, wielkogabarytowe, gruz). Nie podał jakie jest (zgodnie z danymi technicznymi) zużycie paliwa w tych pojazdach. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych informacji, które pozwoliłyby na dokonanie symulacji kosztów zużycia paliwa i weryfikacji podanych danych (trasa, ilość pojazdów, cena paliwa, częstotliwość kursów, średnie spalanie);
- 14) wyjaśnienia nie uwzględniają także kosztów eksploatacji pojazdów w okresie obowiązywania umowy (wymiana oleju, filtrów, żarówek, bezpieczników, opon, ewentualne koszty naprawy w przypadku awarii lub usterek itp.);
- 15) wykonawca podał, że na zakupie nowych pojazdów oszczędzi odpowiednio 25% i 38% ale nie wyjaśnił jak te wskaźniki obliczył. Podał także, że dzięki hurtowym zakupom paliwa i wynegocjowaniu kredytu kupieckiego oszczędza ok. 0,9 zł na litrze paliwa, jednak nie przedstawił na to żadnych dowodów;
- 16) Odwołujący podniósł, że w istocie nie jest ważne ile wykonawca oszczędza na zakupie nowych pojazdów albo na zakupie paliwa, bo nie wiadomo do jakich parametrów te wskaźniki odnieść. Dlatego, nie jest istotne, ile wykonawca oszczędza, czy posługuje się nowymi czy starymi środkami transportu ani to czy kupuje paliwo po cenach hurtowych czy detalicznych, z rabatem czy bez, ale to, jaka jest rzeczywista cena zużycia paliwa dla potrzeb realizacji zamówienia i jak te koszty zużycia paliwa dla potrzeb realizacji zamówienia zostały obliczone, a tych danych w wyjaśnieniach wykonawcy brak;

17) Wykonawca podał też, w odniesieniu do wywozu odpadów wielkogabarytowych i gruzu, że z uwagi na obsługę wielu tras inwestycji na terenie Śląska może on zniwelować koszty odbioru tych odpadów. Stanowisko to jest jednak wewnątrznie sprzeczne bo w tym samym punkcie wyjaśnień podał, że „trasy ustalane są w sposób zapewniający łączny odbiór 2 kontenerów”. Oznacza to, że w przypadku odpadów wielkogabarytowych i gruzu nie ma w zasadzie możliwości niwelowania kosztów odbioru tych odpadów. Odbiór gruzu polega bowiem na odbiorze kontenera z gruzem bądź odpadami wielkogabarytowymi z konkretnej lokalizacji. Takie niwelowanie kosztów możliwe byłoby w przypadku odbioru odpadów zmieszanych samochodem bezpylnym, ale nie w przypadku gruzu czy wielkogabarytów. Na marginesie tylko odwołujący wskazał, że wykonawca nie wyjaśnił ile inwestycji obsługuje na terenie Śląska, jakie są ich lokalizacje i jaka jest częstotliwość obsługi na tych trasach, ani też czy pokrywa się ona z częstotliwością przewidywanej obsługi Zamawiającego. Ponadto koszt unieszkodliwienia odpadów wielkogabarytowych, wskazany w wyjaśnieniach, rażąco odbiega od realiów rynku;

18) wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów pojemników i kontenerów ani kosztów worków na odpady. Podał jedynie, że kontenery się zamortyzowały oraz, że skoro obsługuje zamawiającego od 3 lat to nie będzie ponosił kosztów podstawienia nowych pojemników. Nie wziął jednak pod uwagę, że w okresie kolejnych 3 lat (czyli 6 lat eksploatacji) może zachodzić potrzeba wymiany starych pojemników na nowe. Podobnie, nie przedstawił kosztów zakupu worków, poprzestając na stwierdzeniu, że dzięki rozliczeniom barterowym z odbiorcą swoich regranulatów LPDE koszty te są niższe. Nie przedstawił jednak żadnych bliższych szczegółów rozliczeń barterowych ani nawet dowodów, że rzeczywiście je stosuje. Nie wyjaśnił też jakie są rzeczywiste koszty zakupu worków przy zastosowaniu tego typu rozliczeń.

W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że ten sam wykonawca w części B dotyczącej odbioru odpadów z Boguchwałowic zaoferował ceny wyższe mimo, że odległość pomiędzy Myszkowem, a Boguchwałowicami jest o połowę krótsza.

Odwołujący wskazując na dowody załączone do odwołania wyjaśnił, że ceny oferowane na rynku przez innych wykonawców, a także REKO w innych postępowaniach są znacznie wyższe od zaoferowanych w części A) niniejszego postępowania. Odwołujący zaznaczył, że nie można wykluczyć, że cena oferowana przez REKO w części A) niniejszego postępowania nie jest rażąco niska, nawet jeśli na rynku oferowane są ceny wyższe, jednak wykonawca powinien tę okoliczność udowodnić (art. 224 ust. 5 Pzp). W sytuacji zaś, gdy oferowana cena jest o 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, gdy jest ona niższa od oferowanych przez tego wykonawcę w innych postępowaniach i gdy odbiega ona od cen

rynkowych oferowanych przez innych wykonawców na tym samym rynku, a wyjaśnienia tego wykonawcy ograniczyły się wyłącznie do wątpliwych i nieweryfikowalnych oświadczeń, nie popartych żadnymi dowodami – zachodzą podstawy do przyjęcia, że wykonawca nie wykazał, że oferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie, a zamawiający dokonując wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej naruszył przepisy Pzp.

W części uzasadnienia dotyczącej podmiotowych środków dowodowych odwołujący wskazał, że wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu przepisów Pzp i wymienionego na wstępie rozporządzenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że jako dowód potwierdzający doświadczenie wykonawca przedłożył:

- 1) poświadczenie z listopada 2020 r. (bez daty dziennej) wydane przez Urząd Gminy Niegowa wykonywania usług związanych z odbiorem, transportem zagospodarowaniem odpadów od stycznia 2020 r. do nadal – jest to zatem referencja dotycząca tzw. usługi ciągłej w momencie wystawienia;
- 2) potwierdzenie wykonania usługi z 18 listopada 2020 r. wydane przez UŚ w Katowicach na potwierdzenie wykonywania usługi od dnia 1 lipca 2018 r. do nadal jest to zatem referencja dotycząca tzw. usługi ciągłej w momencie wystawienia;
- 3) referencje wystawione 27 listopada 2020 r. przez Burmistrza Miasta i Gminy Żarki na potwierdzenie wykonywania usługi w okresie od 1 lipca 2020 r. do 31 grudnia 2021 r. – jest to zatem referencja dotycząca tzw. usługi ciągłej w momencie wystawienia.

Odwołujący wskazując na treść §9 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 rozporządzenia wyjaśnił, że z literalnego brzmienia tych przepisów wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego referencje potwierdzające świadczenia, które są nadal wykonywane, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Oznacza to, że załączone przez wykonawcę referencje, nie spełniają warunków wynikających z przepisów prawa ponieważ wystawione zostały jako referencje dotyczące usług ciągłych wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert. W §9 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia przewidziano sytuacje, w których termin 3 miesięczny liczy się wstecz od dnia złożenia podmiotowego środka dowodowego (a nie od daty otwarcia ofert); wyjątki te nie mają jednak zastosowania w niniejszej sprawie.

Odwołujący zaznaczył, że na gruncie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2020 r. (tzw. stara ustawa Prawo zamówień publicznych i stare rozporządzenie), wymogi w tym zakresie były łagodniejsze i referencje musiały być aktualne na dzień ich złożenia; nie było warunku wystawienia ich przed terminem składania ofert, jednak obowiązujące na gruncie obecnej ustawy rozporządzenie określa te wymogi inaczej czyniąc nieaktualną dotychczasową praktykę i wykładnię w tym zakresie. W ocenie odwołującego przewidziany rozporządzeniem szczególny termin wystawienia referencji dla usług niezakończonych w momencie ich

wystawienia ma m.in. na celu prawidłową weryfikację wykonawcy. Nie ma bowiem pewności, że po wystawieniu referencji w trakcie realizacji usługi, nie zaszły następnie takie okoliczności, które wpłynęły na odmienną ocenę wykonawcy przez wystawcę referencji. Można wyobrazić sobie sytuację, że po otrzymaniu referencji wykonawca naruszył następnie warunki umowy, a nawet wyrządził szkodę wystawcy referencji, w związku z czym wystawca po zakończeniu umowy nie potwierdziłby już, że usługa została wykonana prawidłowo. Z tego między innymi względu – zdaniem odwołującego rozporządzenie przewiduje aby tego typu referencje mogły być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający sporządził notatkę z 28 lipca 2021 r. mającą zastąpić referencje wykonawcy, podając w niej, że wykonawca wykonywał usługę od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r. Tyle tylko, że ww. usługę odbioru odpadów wykonawca REKO wykonywał w ramach konsorcjum z PW „MIKI” M. J.. Tymczasem zgodnie z doktryną i orzecznictwem, wykonawca nie nabywa „merytorycznego” doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia na które się powołuje. Niewystarczające jest powoływanie się na potencjał całego konsorcjum – bez wyraźnego wskazania, jaką część – i o jakiej wartości – realizował podmiot występujący poprzednio w konsorcjum. Z notatki zamawiającego, mającej zastępować podmiotowy środek dowodowy, nie wynika jaki był zakres realizacji umowy przez wykonawcę w ramach konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że w świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów Pzp oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia miały istotny wpływ/mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie pozostało konieczne i uzasadnione. Ponieważ na część A) przedmiotowego postępowania wpłynęły tylko dwie oferty, oznacza to, że w razie odrzucenia oferty REKO, zamawiający musiałby poddać badaniu i ocenie ofertę odwołującego. Oznacza to, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ na skutek naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego mógł ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści jakie mógłby uzyskać gdyby jego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza.

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłoszono żadnych przystąpień.

Zamawiający w dniu 6 września 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie odwołujący zawarł argumentację dla powyższego wniosku oraz załączył do niej dowody.

W pierwszej kolejności zamawiający podkreślił, że podstawę prawną wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu stanowił przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym: *w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia*, przy czym tylko pierwsza z ww. przesłanek została wypełniona w stanie faktycznym ustalonym w trakcie procesu badania i oceny ofert. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że ceny ofert złożonych w postępowaniu (także w pozostałych częściach) kształtowały się na podobnym poziomie i wartość żadnej z nich nie odbiegała od pozostałych w stopniu wyższym niż ustawowy próg 30% oraz że bezpośrednim czynnikiem inicjującym wezwanie wykonawców (wszak wszyscy wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wyjaśnień), nie były uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp. Najistotniejszym problemem, który z perspektywy czasu zdaje się zarysowywać na tle sporządzonego w sprawie protokołu postępowania (w zakresie wszystkich jego części), stanowiącym niejako praprzyczynę wezwania do złożenia wyjaśnień wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, było najprawdopodobniej przeszacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego. Różnice cen ofertowych w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku od towarów i usług kształtowały się bowiem na następującym poziomie (zamawiający wymienił wszystkie części postępowania dla zobrazowania pewnej ogólnej tendencji):

Część A

Oferta nr 1: ~136%

Oferta nr 2: ~86%

Część B

Oferta nr 1: ~223%

Część C

Oferta nr 1: ~ 98%

Oferta nr 3: ~ 78%

Zdaniem zamawiającego nawet pobieżna analiza przywołanych różnic może sugerować, że nie mamy tutaj do czynienia z jednostkowym odstępstwem od przyjętej wartości zamówienia, ale jednolitym trendem właściwym wszystkim ofertom. Dla porównania przed trzema laty, dla

tego samego zamówienia i w przypadku identycznych wykonawców jak w części A, różnice te kształtowały się na poziomie:

- oferta REKO: ~ 18%

- oferta wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.: ~ 2%.

W ocenie zamawiającego powyższe zestawienie pokazuje, że w przedstawionym stanie faktycznym zaistniały dostatecznie wyraźne rozbieżności wynikające z okoliczności oczywistych, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 *in fine* Pzp, które mogłyby usprawiedliwiać odstępianie przez zamawiającego od wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wedle opinii Urzędu Zamówień Publicznych: *wszystkie wskazane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp mierniki nie mają, zgodnie z przepisami Pzp charakteru automatycznego i bezwzględnego do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanych wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników, zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację.*

Zamawiający stwierdził, że pomimo wykazanych rozbieżności, komisja przetargowa, być może w wyniku daleko idącej ostrożności procesowej albo z uwagi na brak świadomości istnienia przytoczonego powyżej stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, zdecydowała się na wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na kalkulację cen. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca REKO przedstawił metodologię kalkulacji swojej ceny ofertowej z podziałem na odpady zmieszane, segregowane oraz wielkogabarytowe. W kalkulacji wywozu odpadów zmieszanych ujęto cenę jednostkową za m³ nieczystości, koszty utylizacji odpadów w ujęciu

średniorocznym oraz trzyletnim, koszty pracownicze, koszty paliwa oraz zysk wykonawcy. W kalkulacji wywozu odpadów segregowanych ujęto cenę jednostkową za m³ odpadów, koszty odbioru odpadów w ujęciu średniorocznym i trzyletnim, koszty pracownicze, koszty paliwa, koszty worków, koszty utylizacji odpadów BIO, ceny uzyskiwane z tytułu odzyskiwanych surowców wtórnych oraz zysk wykonawcy. W kalkulacji wywozu odpadów wielkogabarytowych i gruzu ujęto cenę jednostkową za m³, koszty utylizacji w ujęciu średniorocznym i trzyletnim, koszty pracownicze, koszty paliwa oraz zysk wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że obecność wszystkich tych czynników przyznał sam odwołujący na stronie 5 swojego odwołania. Wykonawca REKO kolejno scharakteryzował czynniki wpływające na taką a nie inną kalkulację ceny, uwypuklając te z nich, które pozwalają na redukcję kosztów utylizacji odpadów m. in.:

- 1) obsługę zamawiającego przez jeden stały zespół w trakcie całego kontraktu, przez co brak rotacji pracowników przekłada się na obniżenie kosztów szkoleń i badań lekarskich nowoprzyjętych pracowników,
- 2) obsługę zamawiającego przez zespół dwuosobowy w miejsce trzyosobowego, jak to ma miejsce w przypadku konkurencyjnych podmiotów, a przez to obniżenie kosztów załadunku,
- 3) zatrudnienie pracowników zespołu na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem na poziomie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę w rozumieniu ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 4) obsługę zamawiającego przy wykorzystaniu nowo zakupionych środków transportu (pozwalających na oszczędności paliwa) – Iveco Daily nr rej. SC9457X *via* MAN TGL SC7791N (oszczędność na poziomie 25%) oraz SCANIA P 320 nr rej. ST3277T *via* Mercedes Econic – nr rej. SC2827X (oszczędność na poziomie 38%),
- 5) hurtowy zakup paliwa i uruchomiony kredyt kupiecki pozwalający na oszczędności ok. 0,09 zł na każdym litrze zakupionego paliwa,
- 6) wykorzystanie pojemników na odpady zamortyzowanych w trakcie dotychczasowego kontraktu z zamawiającym, co ma pozwolić na oszczędności kosztów najmu lub kosztu zakupu nowych pojemników,
- 7) obniżenie kosztu worków na liście wraz z ich wywozem dzięki rozliczeniom barterowym z odbiorcą regranulatów LPDE,
- 8) ustalanie tras umożliwiające łączony odbiór dwóch kontenerów dla odpadów wielkogabarytowych i gruzu na terenie Śląska, a przez to obniżenie kosztów ich odbioru,
- 9) doświadczenie w obsłudze innych podmiotów publicznych, w tym jednostek samorządu terytorialnego w ramach zamówień publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że wszystkie wymienione powyżej, a także pozostałe wyjaśnienia wykonawcy, uznał za wyczerpujące, przekonywujące, logiczne, spójne i co najważniejsze – znajdujące pokrycie w rzeczywistości, z uwagi na przebieg dotychczasowej współpracy zamawiającego z tymże wykonawcą, (co zamawiający opisał w dalszej części odpowiedzi na odwołanie). Odnosząc się do zarzutów odwołującego co do niewielkiej obszerności kalkulacji przedstawionej przez REKO, zamawiający wskazał, że w tym zakresie nie odbiega ona w żadnej mierze od kalkulacji przedstawionej przez odwołującego. Większość wyjaśnień odwołującego stanowiła bowiem ogólna, publiczna, „folderowa” część opisu zasobów firmy, która zapewne jest przedkładana w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast kalkulacja dedykowana do postępowania objętego odwołaniem liczy niewiele powyżej jednej strony A4, a ponadto jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd oparła się procesowi weryfikacji przez innych wykonawców, w odróżnieniu od wyjaśnień REKO. Zamawiający stwierdził, że ma świadomość, iż przepisy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia czy wykonania przedmiotu zamówienia. O tym, czy można mieć do czynienia z ceną rażąco niską w danym wypadku, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś – wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia – mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający wskazał, że w żadnym stopniu nie postrzegał ceny ofertowej wykonawcy REKO jako ceny rażąco niskiej zarówno w jej wymiarze całościowym, jak i na poziomie cen jednostkowych. Inna sprawa, że sam odwołujący nie potrafił sprecyzować, w którym elemencie uważa cenę wykonawcy REKO za rażąco niską. Nie wiemy czy wg niego chodzi tu o wartość globalną oferty, czy też być może problemem jest któraś z cen jednostkowych. Nawiasem mówiąc, ceny jednostkowe w ofercie REKO korespondowały z cenami jednostkowymi, które przyjął ten wykonawca w umowie, w ramach zamówień podobnych w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 7 obecnej Pzp do dotychczasowej umowy na wywóz nieczystości. To pokazuje, że ceny zaoferowane w obecnym przetargu przez REKO, nie zostały incydentalnie „skrojone” na potrzeby uzyskania jednego zamówienia. Nic dziwnego zatem, że zamawiający wobec uznania wyjaśnień wykonawcy za przekonywujące nie

wezwał ponownie wybranego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zdaniem zamawiającego, takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający stwierdził, że po uzyskaniu wyjaśnień złożonych w następstwie pierwszego wezwania REKO nieabrał po ich analizie tego rodzaju wątpliwości, które przemawiałyby za kontynuowaniem procesu ich konsultacji z ww. wykonawcą.

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący podniósł w treści swojego odwołania, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie przedłożył żadnych dowodów celem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej brak załączenia dowodów do wyjaśnień, nie może stanowić samostnej podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie zawsze możliwe jest złożenie dowodów potwierdzających oświadczenia wykonawcy, co nie może z góry oznaczać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazują na zaoferowanie ceny z rażąco niską ceną. Przez dowody o jakich mowa w art. 90 wcześniej obowiązującej ustawy (obecnie art. 224 ust. 1 Pzp) nie należy rozumieć wyłącznie dowodów w znaczeniu dowodu procesowego, ale każdy dokument potwierdzający okoliczności, na jakie powołuje się wykonawca. Przepis powyższy nie uprawnia zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, nie wynika z niego również jakakolwiek hierarchia dowodowa, ani ich moc dowodowa, natomiast wykonawca udzielając wyjaśnień może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany oceniając wyjaśnienia wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem. W ślad za orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1396/14, zamawiający wyjaśnił, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednak brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień. Liczy się treść tych wyjaśnień, jako oświadczenie własne wykonawcy.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, iż odwołujący sygnalizował „braki dowodowe” w wyjaśnieniach REKO wg własnego modelu rozumienia pojęcia „dowód”, który odpowiednio wyodrębniony z wyjaśnień w postaci załącznika ma świadczyć o wypełnieniu hipotezy normy ustawowej. Zamawiający w tym kontekście wyjaśnił, że w celu urzeczywistnienia tego wymogu, w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, odwołujący, w poczet „materiału

dowodowego” włączył dla przykładu oświadczenie własne na temat listy posiadanych środków transportu czy wydruk mappek z ogólnie dostępnej bazy Google Maps. Tą samą miarą i przy użyciu tej samej nomenklatury, odwołujący pragnie oceniać wyjaśnienia i dokumenty wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą. Tymczasem określone materiały, dokumenty czy oświadczenia nie stają się dowodami przez sam fakt nazwania ich takimi, ale dzięki zawartej w nich wartości i mocy dowodowej oraz znaczenia dla wyjaśnienia określonych okoliczności wg zasady swobodnej oceny dowodów. Podobnie zresztą nie istnieje żaden wzór czy szablon, wg którego należy składać wyjaśnienia dotyczące kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że odwołujący stwierdził w treści swojego odwołania, iż: *ceny oferowane na rynku przez innych Wykonawców i P.H.U. REKO J. C. w innych postępowaniach są znacznie wyższe od zaoferowanych w części A analizowanego postępowania*. Po czym przyznał, że: *oczywiście nie można wykluczyć, że cena zaoferowana przez P.H.U. REKO J. C. w części A postępowania nie jest rażąco niska, nawet jeśli na rynku oferowane są ceny wyższe, jednak wykonawca powinien tę okoliczność udowodnić*. Na wstępie, zamawiający w tym miejscu przywołał aktualną ciągle tezę z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 892/14, zgodnie z którą: *zadaniem Izby nie jest analizowanie akt innego postępowania i porównywanie ich do stanu faktycznego w analizowanym postępowaniu. Zastosowanie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie art. 224 ustawy Pzp) pozostaje decyzją zamawiającego, która powinna być osadzona w realiach konkretnego postępowania. Stosowanie analogii w tym zakresie ma ograniczone znaczenie, wzięwszy pod uwagę fakt, że każde postępowanie przetargowe jest inne, prowadzone w innych okolicznościach faktycznych, z udziałem innych wykonawców*. Z tego punktu widzenia, o wiele lepszy materiał referencyjny dla oceny wiarygodności poziomu zaoferowanej ceny, stanowi bez wątpienia dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawarta w jego następstwie dotychczasowa umowa na wywóz nieczystości pomiędzy zamawiającym a wykonawcą REKO, którą odwołujący, zdaniem zamawiającego, zdawał się pomijać w swoich rozważaniach. W tym kontekście zamawiający wyjaśnił, że dotychczasowa umowa na usługę wywozu nieczystości stałych i odpadów komunalnych dla obiektów Uniwersytetu Śląskiego na terenie miasta Katowice została zawarta 29 czerwca 2018 r. z konsorcjum REKO (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „MIKI” M. J. (partner konsorcjum). Umowa została zawarta na 3 lata i obejmowała zakres zamówienia tożsamy z zakresem zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie. W postępowaniu owym, oznaczonym sygnaturą DZP.381.025.2018.UG, oprócz ww. konsorcjum, ofertę złożył odwołujący.

Zamawiający wyjaśnił, że przed trzema laty wartość zamówienia powiększona o wartość podatku od towarów i usług wynosiła 1 690 405,20 PLN (co dodatkowo miało uprawdopodobniać tezę o jej przeszacowaniu, wyrażoną na wstępie odpowiedzi na odwołanie). W związku z tym zamawiający stwierdził, że w stosunku do poprzedniego zamówienia (praktycznie z identycznym zakresem przedmiotu zamówienia), na przestrzeni 3 lat u tych samych wykonawców doszło w zasadzie do liniowego wzrostu cen ich usług. W przypadku odwołującego, jego cena ofertowa w stosunku do tożsamego zamówienia sprzed 3 lat wzrosła o 23%, co się zaś tyczy wykonawcy REKO, można mówić o wzroście na poziomie 17%. Trudno w takich okolicznościach mówić o jakimkolwiek ekstremum, czy choćby o wątpliwym odstępstwie w kontekście poziomu wzrostu cen ofertowych konkurujących ze sobą wykonawców i określać go inaczej, niżli tylko jako wynik normalnej gry rynkowej dwóch uczestników obrotu. Osadzenie poziomu cen ofertowych w warunkach poprzedniego zamówienia (oprócz takich argumentów jak tożsamość zakresu przedmiotu zamówienia oraz uczestników postępowania), znajduje dodatkowo usprawiedliwienie w argumentach tego rodzaju, że w poprzednim postępowaniu żadna z oferowanych cen nie była kwestionowana pod kątem jej nierynkowego poziomu, a trzyletni okres należytego realizowania dotychczasowej umowy dostatecznie dowiódł, że możliwym jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę zaproponowaną przez wykonawcę REKO.

Zdaniem zamawiającego w należyte wykonanie dotychczasowej umowy z REKO zdaje się wątpić odwołujący, twierdząc, iż wykonawca ten nie złożył podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu przepisów Pzp i rozporządzenia. Odwołujący przywołuje trzy referencje złożone wraz z wykazem usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej jako dokumenty, które wedle jego oceny nie spełniają wymagań wynikających z przepisów prawa, a to z tej przyczyny, że jako referencje dotyczące usług ciągłych, zostały wystawione wcześniej niż na 3 miesiące przed terminem składania ofert.

W tym miejscu zamawiający przypomniał, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej, wymagał wykazania się co najmniej 1 (jedną usługą) świadczoną dla jednego zleceniodawcy na podstawie jednej umowy i obejmującą co najmniej wywóz odpadów komunalnych, wielkogabarytowych i segregowanych. Dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczająca była zatem choćby jedna prawidłowa referencja. Zamawiający wyjaśnił, że wprawdzie słusznie zauważył odwołujący, iż z literalnego brzmienia przepisów przytoczonego wyżej rozporządzenia wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego referencje potwierdzające świadczenia, które są nadal wykonywane, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy liczonych wstecz od dnia, w którym upływa

termin składania ofert. Zapominał jednak Odwołujący, że jedna z tych referencji była w posiadaniu zamawiającego i dotyczyła usługi wykonanej dla niego samego.

Zamawiający podniósł, że oprócz pełnej dokumentacji księgowej za ostatnie trzy lata trwania dotychczasowej umowy z wykonawcą REKO, zamawiający dysponuje również notatką służbową Kierownika Działu Gospodarowania Nieruchomościami na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach, która w sposób bezsprzeczny potwierdzała, że usługa wywozu nieczystości realizowana przez tegoż wykonawcę w okresie od 1 lipca 2018 r. do dnia 30 czerwca 2021 r. została wykonana rzetelnie i zgodnie z wymogami zawartymi w umowie. Wezwanie w tym wypadku wykonawcy do złożenia dokumentu, który jest w posiadaniu zamawiającego, tylko po to by powtórnie został złożony zamawiającemu i w zakresie informacji, których jest dysponentem, byłoby przejawem nadmiernego formalizmu i biurokracji, od której racjonalny Ustawodawca pragnął uchronić uczestników rynku zamówień publicznych.

Zamawiający stwierdził, iż można przyjąć, że w sposób dorozumiany, aprobatę dla powyższego twierdzenia wyraża odwołujący, skoro w kontekście wspomnianej notatki kwestionuje wyłącznie sam fakt braku samodzielności w wykonywaniu tej usługi oraz udziału w konsorcjum wraz z PW „MIKI” M. J. w Krakowie. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem, wykonawca nie nabywa „merytorycznego” doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia, na które się powołuje. W tym zakresie twierdzenie odwołującego, zamawiający uznał za własne. Niemniej jednak, zamawiający nie podzielił wątpliwości odwołującego w kwestii wykazania spełnienia przez REKO warunku udziału w postępowaniu w drodze odwołania się do doświadczenia konsorcjum REKO (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI” M. J. (partner konsorcjum). Zamawiający wskazał, że wyznaje zasadę, iż aby wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy (realizacji powierzonego zadania), musi wymaganym potencjałem dysponować w sposób rzeczywisty, a nie tylko formalny. W przypadku warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, oznacza to, że powinno to być doświadczenie nabyte faktycznie przez wykonawcę w drodze realizacji określonych czynności czy zadań (realność dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia). Zamawiający podzielił stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* (przyczone zresztą przez odwołującego), w którym Trybunał wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienia wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. W ocenie zamawiającego, która jego zdaniem znalazła potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 568/18), nie mają zasadniczego i rozstrzygającego

znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia (kwestia realizacji w mniej lub bardziej sformalizowanym konsorcjum). Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakiej części podmiot, którego potencjał podlega badaniu partycypował w wykonywaniu żądanych prac. Dzięki temu, że jedna z usług wywozu nieczystości, którą wykazał wykonawca REKO w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, była realizowana na rzecz Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, zamawiający miał pełną wiedzę na temat partycypacji poszczególnych członków konsorcjum w realizację zamówienia objętego wykazem. Zamawiający na podstawie analizy przebiegu wykonania dotychczasowej umowy wywozu nieczystości, czynności nadzorczych, odbiorowych, rozliczeniowych, z pełnym przekonaniem uznał, iż wykonawca REKO samodzielnie realizował pełny zakres przedmiotu umowy objęty dyspozycją warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze powyższe okoliczności, w warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez REKO w sposób prawidłowy. Dodatkowo, na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego oświadczenie dotyczące zakresu świadczonych usług złożył także sam wykonawca REKO. Z treści owego oświadczenia wynika również, że wykonawca ten realizował samodzielnie w ramach konsorcjum wszystkie czynności wymagane treścią warunku udziału w postępowaniu, a więc wywóz odpadów komunalnych, segregowanych i wielkogabarytowych.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 września 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe wraz załącznikami, w którym odniósł się do argumentacji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie.

W przedmiotowym stanowisku pisemnym odwołujący odniósł się do dwóch kwestii tj.: argumentacji dotyczącej przeszacowania wartości zamówienia oraz wyjaśnień REKO w zakresie rażąco niskiej ceny.

W zakresie argumentacji dotyczącej przeszacowania wartości zamówienia odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 28 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT ustalone z należytą starannością. Zdaniem odwołującego argumentacja dotycząca „przeszacowania” wartości zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów:

- zamawiający nie jest pewny czy prawidłowo oszacował wartość zamówienia, chociaż powinien to zrobić z należytą starannością (w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że przyczyną wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień *było najprawdopodobniej przeszacowanie* wartości zamówienia;

- Pzp zawiera szczegółowe zasady ustalania wartości zamówienia i to zamawiający powinien się określić czy uznaje, że błędnie oszacował wartość zamówienia czy też nie. Stanowisko zamawiającego ma istotne znaczenie dla sprawy. Jeśli bowiem prawidłowo oszacował wartość zamówienia, oznacza to, że REKO złożył ofertę z ceną poniżej 30% wartości szacunkowej zamówienia, w związku z czym wykonawca, na etapie postępowania przetargowego, a zamawiający w postępowaniu odwoławczym, powinien udowodnić, że cena nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 2 Pzp). Jeżeli natomiast zamawiający twierdzi, że błędnie oszacował wartość zamówienia, to na zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu spoczywa ciężar wykazania, że wartość szacunkowa została przez niego ustalona błędnie. W szczególności, powinien wykazać w którym momencie, na jakim etapie procedury szacowania popełnił błąd, jakie założenia przyjął błędnie oraz jaka powinna być prawidłowa szacunkowa wartość zamówienia. Tymczasem zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, a co więcej, postawił jedynie przypuszczenie, że mógł „przeszacować” wartość zamówienia;

- zamawiający powołał się na to, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu były poniżej 30% wartości szacunkowej – pomija jednak następujące kwestie:

- w postępowaniu oferty złożyło tylko trzech wykonawców (a więc zamawiający dysponował bardzo wąskim spektrum porównawczym);

- oferty REKO i dwóch pozostałych wykonawców nie można porównywać według tych samych kryteriów (PTS ALBA Sp. z o.o. i odwołujący posiadają własne instalacje do przetwarzania odpadów, a REKO nie – a więc dwie pierwsze mają podstawę do stosowania niższych cen – ponoszą bowiem wynikające z tego mniejsze koszty utylizacji i unieszkodliwienia odpadów, nie muszą oddawać odpadów do instalacji po wysokich cenach rynkowych);

- zamawiający nie wskazał, jaka powinna być prawidłowa wartość szacunkowa zamówienia – dopiero wówczas można by ocenić czy i które oferty są poniżej 30% wartości zamówienia, błąd w szacowaniu nie oznacza jeszcze, że oferta nie jest rażąco niska, powstaje bowiem pytanie o rzeczywistą szacunkową wartość zamówienia;

- zamawiający twierdził, że z uwagi na „przeszacowanie” w zasadzie nie miał obowiązku wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień (bo w istocie oferowane ceny nie były poniżej 30% wartości zamówienia – jednak pismem z dnia 3 września 2021 r. uznał odwołanie ALBA Sp. z o.o. w całości – w uzasadnieniu podał, że wykonawca REKO wezwany do złożenia wyjaśnień z dowodami – takich wyjaśnień i dowodów nie przedstawił w związku z czym nie wykazał, że jego oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny. Stanowisko zamawiającego było zatem wewnętrznie sprzeczne i oznaczało, że w części C uznał zasadność odrzucenia oferty nie zawierającej rażąco niskiej ceny (skoro zamawiający twierdził, że zachodzą oczywiste

okoliczności uzasadniające, że oferta REKO nie jest rażąco niska, to wezwanie powinno być uznane za bezprzedmiotowe);

- odwołujący zauważył, że w części C, ceny oferowane przez REKO (dotyczyły Chorzowa) były znacznie wyższe od oferowanych w części A (Katowice). I tak w przypadku części C: odpady zmieszane – 90,00 zł netto, odpady segregowane – 60,00 zł netto, odpady wielkogabarytowe i gruz – 70,00 zł netto. W przypadku części A: odpady zmieszane – 65,00 zł netto, odpady segregowane – 55,00 zł netto, odpady wielkogabarytowe i gruz – 69,00 zł netto. Zdaniem odwołującego decyzja o uznaniu odwołania wniesionego przez firmę ALBA ma ten skutek, że zamawiający uznał, iż oferta skonstruowana na podstawie wyższych cen jednostkowych uznana została za rażąco niską, podczas gdy w przypadku oferty opartej o niższe ceny jednostkowe – zamawiający twierdzi, że nie jest ona rażąco niska i jest tak oczywista, że nie było potrzeby aby wzywać REKO do jej wyjaśnienia;

- z faktu, że oferty trzech wykonawców były poniżej 30% wartości zamówienia nie można automatycznie wyprowadzić wniosku, że rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych. Przyjmuje się, że taką oczywistą okolicznością może być zawyżenie wartości zamówienia albo zawyżenie ceny ofertowej przez wykonawcę. Wówczas istotnie zamawiający może odstąpić od wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, musi jednak udowodnić, że doszło do zawyżenia wartości zamówienia albo zaoferowanej ceny – w tym przypadku, w opinii odwołującego, zamawiający takich dowodów nie przedstawił.

Jeśli chodzi o argumentację zamawiającego wskazującą, że odwołujący zarzucił wyjaśnieniom REKO „niewielką obszerność”, odwołujący wyjaśnił, że takiego zarzutu nie stawiał, a problem polega nie na objętości wyjaśnień, ale na ich zawartości merytorycznej.

W dalszej kolejności odnosząc się do udzielonych przez wykonawcę REKO wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że zamawiający powołał się na doświadczenie współpracy z wykonawcą i uważa, że skoro realizował od 3 lat zamówienie to jest w stanie je zrealizować także obecnie. Pomija jednak, że w 2018 roku zawarł umowę z konsorcjum z udziałem REKO. Z faktu, że REKO w konsorcjum z innym wykonawcą było w stanie zrealizować zamówienie z 2018 r. nie można wyprowadzać wniosku, że obecnie REKO jest w stanie samodzielnie realizować zamówienie za zaoferowaną cenę. Przemawiały za tym w ocenie odwołującego następujące argumenty:

- jednym z powodów łączenia się wykonawców w konsorcja jest możliwość obniżenia w ten sposób kosztów realizacji zamówienia (samodzielna realizacja zamówienia na ogół generuje wyższe koszty, współpraca z innym podmiotem pozwala na podział kosztów, a co za tym idzie na ich obniżenie);

- w 2018 r. zamawiający po zawarciu umowy konsorcjum zwrócił się o umowę konsorcjum, która powinna regulować podział obowiązków – umowa konsorcjum nie zawierała jednak

żadnych ustaleń co do zasad współpracy pomiędzy stronami, odwołując się do odrębnego porozumienia. Tym samym zamawiający nie jest w stanie ocenić jakie były zasady współpracy między członkami konsorcjum i jaki był udział w kosztach obu form (jak kształtowała się struktura kosztów);

- obecnie REKO złożyło ofertę samodzielnie – a to oznacza, że zamawiający powinien był wezwać do wyjaśnień w tym zakresie celem weryfikacji czy podane w wyjaśnieniach koszty nie są tylko gołosłowną deklaracją;

- na marginesie odwołujący zwrócił uwagę, że obecnie ww. konsorcjum otrzymało zamówienie dodatkowe, przedstawiło nową umowę konsorcjum, ale zawiera ona identyczne zapisy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przyjął wyjaśnienia REKO bezkrytycznie, pomijając, że od 2018 r. zaszło na rynku wiele zmian mających wpływ na ceny usług za odbiór odpadów. Nie zweryfikował czy te czynniki zostały wzięte pod uwagę, bezkrytycznie przyjął, że 17% wzrost stawki jest wiarygodny (odwołujący podkreślił, że jest to 17% wzrost stawki zaoferowanej samodzielnie przez REKO w stosunku do stawki zaoferowanej w 2018 r. przez konsorcjum z udziałem tej firmy). Odwołujący zwrócił uwagę na:

- a) znaczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę i stawki godzinowej (w 2021 r. doszło do wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę o 33,33% względem 2018 r., a w 2022 r. wzrost wyniesie 42,86%. Stawka godzinowa z umowy zlecenia w 2021 r. wzrosła w stosunku do 2018 r. o 33,58%, a w 2022 r. wzrost wyniesie 43,07%;
- b) wskaźnik wzrostu cen towarów i usług (inflacja) – w 2022 r. wzrost wskaźnika inflacji w stosunku do 2019 r. nastąpi o 12,3%;
- c) opłaty środowiskowe (za tzw. pozostałości po sortowaniu – wliczane do cen za odbiór odpadów przez instalacje do ich utylizacji – w 2020 r. nastąpił wzrost o 264,86% w stosunku do 2017 r. Odwołujący podkreślił, że z uwagi na posiadanie własnej instalacji nie ponosi opłat środowiskowych wliczanych w cenę rynkową za odbiór odpadów przez instalacje prowadzone przez podmioty zewnętrzne;
- d) pandemia koronawirusa spowodowała generalny wzrost cen za odbiór odpadów (dźwignią cen był wzrost wolumenu odpadów medycznych o ok. 50% co spowodowało wzrost cen), a ponieważ działa mechanizm naczyń połączonych (instalacje i spalarnie mają ograniczone moce przerobowe) to spowodowało to także wzrost cen za odbiór innych odpadów, przyjmuje się, że nastąpił wzrost o ok. 36,40%.
- e) w okresie od 2018 r. nastąpił znaczny wzrost opłat za media takie jak energia elektryczna, gaz, opłata mocowa itp. Opłaty tego rodzaju generują posiadane przez REKO instalacje do produkcji granulatu z odpadowych folii LDPE oraz kabina

sortownicza do selektywnej zbiórki. Firma REKO nie wykazała, aby uwzględniła te koszty kalkulacji ceny;

f) zamawiający twierdzi, że wzrost cen od 2018 r. pomiędzy odwołującym a REKO był na porównywalnym poziomie: 23% i 17%, czyli różnica wynosiła ledwie 5%. Jeśli jednak spojrzeć od strony kwot łatwiej uchwycić różnice:

- konsorcjum z udziałem REKO w 2018 r. oferowało cenę 1 430 541,00 zł. Cena ta powiększona o 17% daje kwotę 1 673 732,97 zł;

- odwołujący w 2018 r. zaoferował cenę 1 727 055,43 zł. Cena ta powiększona o 23% daje kwotę 2 124 278,18 zł;

- o ile w 2018 r. różnica pomiędzy cenami wynosiła: 296 514,43 zł, to po uwzględnieniu tych wskaźników (17% i 23%) różnica wynosi aż. 450 545, 21 zł (jest dwukrotnie większa).

W ocenie odwołującego najistotniejsze czynniki cenotwórcze, to koszty transportu, koszty pracy i koszty utylizacji odpadów (opłaty za odbiór odpadów) Odwołujący przedstawił analizę niektórych elementów cenotwórczych zaoferowanych przez REKO:

a) koszty transportu:

Odwołujący zwrócił uwagę, że aby wykonać 1 kurs po odbiór odpadów śmieciarka REKO musi pokonać następującą trasę:

- Myszków (baza) – Katowice Bankowa (UŚ) – ok. 49 km;

- Katowice Bankowa (UŚ) – Myszków (bo tam znajdują się instalację do produkcji regranulatu z odpadowych folii LDPE oraz kabina sortownicza do selektywnej zbiórki) – ok. 49 km;

- Myszków – Siemianowice Śląskie (bo tam znajduje się zadeklarowany przez REKO punkt odbioru odpadów, które po segregacji i wyodrębnieniu folii LDPE wykonawca będzie musiał dostarczyć) – ok. 50 km.

Oznacza to, że jeden kurs dla pojazdu REKO to ok. 150 km.

Dla porównania śmieciarka odwołującego pokonywała by następującą trasę:

- kurs z Katowic ul. Oborki (baza) – Katowice ul. Bankowa (UŚ) – ok. 8 km;

- Katowice ul. Bankowa (UŚ) – Sosnowiec (instalacja własna) – ok. 6 km;

- Sosnowiec (instalacja własna) – Katowice ul. Oborki (baza) – ok. 12 km.

Razem: jeden kurs obejmuje ok. 26 km.

W ocenie odwołującego koszty paliwa dla odpadów zmieszanych powinny wynieść ok. 55 224 zł na rok podczas gdy wykonawca REKO podał koszt 10 682 zł. W przypadku odpadów wielkogabarytowych i gruzu koszty paliwa powinny wynieść 13 050 zł na rok podczas gdy REKO zaoferował 5 774 zł.

Ponadto odwołujący podniósł, że REKO w swoich wyjaśnieniach przyjęło do kosztów transportu wyłącznie koszty paliwa. Nie uwzględniło zupełnie innych kosztów takich jak koszty zakupu i amortyzacji pojazdów, a jeśli pojazdy są w leasingu – kosztów rat leasingowych, kosztów ubezpieczenia pojazdów, kosztów utrzymania bazy transportowej, kosztów naprawy i serwisu pojazdów, zakupu części wymiennych, wymiany opon itp.

b) koszt pracy:

Przede wszystkim odwołujący podniósł, że firma REKO nie podała roboczogodziny jednego pracownika, ale ogólny roczny, zryczałtowany koszt pracowniczy dla każdej kategorii odpadów. W ocenie odwołującego koszty pracownicze w przypadku odpadów zmieszanych powinny opiewać na kwotę 81 900 zł rocznie, a nie jak podała firma REKO – 40 256 zł, zaś w przypadku odpadów wielkogabarytowych powinny wynieść 28 880 zł na rok, a nie jak podano w wyjaśnieniach 4 030 zł.

Na marginesie odwołujący zwrócił uwagę, że oprócz kosztów wynagrodzeń do kosztów pracowniczych powinny być doliczone koszty odzieży ochronnej, rękawic i koszty związane z innymi świadczeniami pracowniczymi. Z wyjaśnień REKO nie wynikało, aby te elementy cenotwórcze zostały wzięte pod uwagę.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach firma REKO podała, że posługuje się załogą dwuosobową, podczas gdy konkurencja korzysta z załóg trzyosobowych. Tymczasem odwołujący wyjaśnił, że w przypadku odpadów wielkogabarytowych odwołujący korzysta z załogi jednoosobowej (do wywozu tzw. gabarytów i gruzu odwołujący wykorzystuje specjalne samochody z tzw. systemem bramowym i hakowym gdzie kierowca pojazdu ma możliwość załadunku kontenera bez pomocy innych osób).

c) koszty utylizacji odpadów:

Odwołujący na przykładzie odbioru odpadów wielkogabarytowych i gruzu podniósł, że cena kosztów utylizacji została zaniżona. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że obowiązujące normy nie pozwalają na gromadzenie odpadów wielkogabarytowych i gruzu w jednym kontenerze. Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił na to uwagę zamawiającemu, jednak ten nie wprowadził w tym zakresie zmiany SWZ. W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ przewidział, że w ciągu roku wykonawca będzie miał do odbioru 814 m³ przy czym zamawiający podał, że średnia objętość kontenera to 7 m³ co daje ok. 116 kontenerów rocznie. W kontenerze o pojemności 7 m³ można zgromadzić ok. 6 Mg gruzu lub od 0,7 do 1,2 Mg gabarytów w zależności od tzw. średniej gęstości nasypowej. Cena za odbiór ww. kontenerów kształtowałaby się następująco:

- dla gruzu – 180 zł za kontener;
- dla gabarytów – 500 zł za kontener.

Ponieważ gruz i gabaryty mają być gromadzone razem w jednym kontenerze, a zatem nie sposób z góry przewidzieć ich proporcji, przyjąć należy średnią cenę za kontener w wysokości 340 zł (180 zł + 500 zł / 2 = 340 zł). Po przeliczeniu tej kwoty przez liczbę kontenerów okazuje się, że średnia cena za gruz i gabaryty powinna wynieść ok. 39 440 zł rocznie (116 kontenerów x 340 zł), a nie jak podaje REKO – 12 000,00 zł.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2021 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez wykonawcę REKO;
 - wezwanie z dnia 8 lipca 2021 r. skierowane do wykonawcy REKO w celu złożenia wyjaśnień dotyczących ceny;
 - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę REKO pismem z dnia 13 lipca 2021 r.;
 - wykaz usług złożony przez wykonawcę REKO na wzorze stanowiącym załącznik nr 1C do SWZ wraz z referencjami;
 - notatkę służbową z dnia 28 lipca 2021 r. kierownika Działu Gospodarowania Nieruchomościami Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach;
 - informację z dnia 2 sierpnia 2021 r. o wyborze ofert najkorzystniejszych w ramach wszystkich części zamówienia;
 - protokół z postępowania;
- 2) załączone do odwołania:
 - ofertę REKO złożoną w postępowaniu prowadzonym przez KWP w Katowicach;
 - ofertę REKO złożoną w postępowaniu prowadzonym przez ŚUM w Katowicach

- ofertę REMONDIS TARNOWSKIE GÓRY Sp. z o.o. złożoną w postępowaniu prowadzonym przez KWP w Katowicach;

- ofertę PreZero Service Południe Sp. z o.o. złożoną w postępowaniu prowadzonym przez KWP w Katowicach;

- ofertę PUK SANIKO złożoną w postępowaniu prowadzonym przez KWP w Katowicach;

3) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- protokół z postępowania oznaczonego sygn. DZP.381.025.2018.UG;

- umowę nr DZP.381.031.2021.UGK z dnia 29 czerwca 2021 r. w ramach zamówienia podobnego do dotychczasowej umowy na wywóz nieczystości nr DZP.381.025.2018.UG;

- kopie ofert złożonych w postępowaniu DZP.381.025.2018.UG;

- kopie SIWZ oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego nr DZP.381.025.2018.UG;

- przykładowe faktury wystawiane przez REKO wraz ze zleceniami odbioru na podstawie umowy DZP.381.025.2018.UG

- oświadczenie REKO w przedmiocie zakresu świadczeń realizowanych samodzielnie w ramach umowy DZP.381.025.2018.UG

4) załączone do pisma procesowego złożonego przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym:

- kopie dwóch umów konsorcjum z 8 maja 2018 r. oraz 21 czerwca 2021 r. zawarte pomiędzy wykonawcą REKO a M. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J.;

- wydruki trzech komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego:

• z dnia 15 stycznia 2019 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2018 r.;

• z dnia 15 stycznia 2020 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2019 r.;

• z dnia 15 stycznia 2021 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2020 r.;

- grafikę – zmiana cen wywozu odpadów – na podstawie businessinsider.com.pl;

- szczegółową kalkulację kosztów paliwa i pracy;

- zestawienie ilości kursów na rok – na podstawie SWZ;

- wydruk z google.maps (dystans do pokonania z Myszkowa celem obsługi zamówienia);

5) złożony przez odwołującego na rozprawie wydruk artykułu pod tytułem „Iveco Stralis z zabudową Terberg – as w rękawie!” pochodzącego ze strony internetowej technika-komunalna.pl, nr TK 6/2017 strony 48-53.

Izba ustaliła co następuje

Szacunkowa wartość zamówienia w zakresie części A zamówienia została ustalona na kwotę 3 669 649,50 zł, co stanowiło równowartość 859 543,60 euro. Jak wynikało z protokołu postępowania wartość zamówienia została ustalona w dniu 29 marca 2021 r. na podstawie łącznej wartości zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze.

W ramach części A zamówienia zostały złożone dwie oferty przez następujących wykonawców:

- REKO na kwotę 1 678 044,60 zł brutto;
- odwołującego na kwotę 2 136 044,60 zł brutto.

Pismem z dnia 8 lipca 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w związku z tym, iż cena zaoferowana przez wykonawcę w zakresie części A, B i C postępowania była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, zwrócił się do wykonawcy REKO o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny w części A, B i C. Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu, oprócz *de facto* przytoczenia treści art. 224 ust. 3 Pzp wskazał następujące informacje:

Zamawiający informuje, iż cena oferty w danej części winna zawierać wszelkie koszty należytego i pełnego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia, a w szczególności: koszty wynagrodzenia pracowników, koszty transportu, koszty załadunku, koszty udostępnienia pojemników i kontenerów zgodnie z rodzajem i ilościami wskazanymi w dokumentach zamówienia, koszty worków na liście wraz z wywozem, koszty związane z wywozem odpadów wielkogabarytowych, koszty związane ze składowaniem nieczystości i odpadów, ewentualny zysk oferenta oraz wszelkie elementy ryzyka związane z realizacją zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Wyjaśnienia winny być wyczerpujące, konkretne, przekonujące, ujawniające najważniejsze czynniki cenotwórcze oraz winny potwierdzać, że cena oferty została oszacowana prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Wykonawca musi przy tym wykazać rzeczywistość, realność zaoferowanej ceny, gdyż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają Zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności

kalkulacji ceny Wykonawcy, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty (KIO 393/18).

Wykonawca REKO pismem z dnia 13 lipca 2021 r. złożył wyjaśnienia w zakresie złożonej ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia skupiały się w zasadzie na cenie zaproponowanej w ramach części A zamówienia. W uzasadnieniu wykonawca REKO na wstępie zamieścił tabelę, która została wcześniej zawarta w formularzu cenowym. Następnie w trzech punktach zaprezentował zasady na podstawie których jego cena została skalkulowana i oparta. Pierwszy punkt dotyczył odpadów zmieszanych (komunalnych) – kalkulacja średnioroczna w ramach, którego zostały wskazane kwoty: kosztów utylizacji odpadów komunalnych (zmieszanych), kosztów pracowniczych, paliwa, szacowana wartość za odbiór odpadów komunalnych oraz zysk. Drugi punkt odnosił się do odpadów segregowanych (selektywnych) w tym BIO w ramach, którego zostały wskazane kwoty: kosztów pracowniczych, paliwa, worków, kosztów utylizacji odpadów BIO, kosztów ogółem, szacowana wartość za odbiór odpadów BIO i odpadów selektywnych oraz zysk. W tym zakresie wykonawca REKO wyjaśnił, że posiada kabinę sortowniczą do selektywnej zbiórki surowców wtórnych oraz podał ceny za które sprzedawane są odzyskane surowce. Trzeci punkt dotyczył odpadów wielkogabarytowych i gruzu i w jego ramach wykonawca REKO podał kwoty: kosztów utylizacji odpadów wielkogabarytowych, kosztów pracowniczych, paliwa, szacowaną wartość za odbiór odpadów wielkogabarytowych i gruzu oraz zysk.

W dalszej kolejności wykonawca REKO odniósł się po krótko do czynników wpływających na cenę. W tym zakresie wymienił: koszty wynagrodzenia pracowników, koszty transportu, koszty załadunku, koszty udostępnienia pojemników i kontenerów zgodnie z rodzajem i ilościami wskazanymi w dokumentach zamówienia, koszty worków na liście wraz z wywozem, koszty związane z wywozem odpadów wielkogabarytowych i gruzu, sytuację związaną z posiadaniem własnej instalacji przetwarzania, doświadczenie i inne wykonywane umowy zawarte w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. W końcowej części wyliczenia wykonawca REKO wyjaśnił, że *zatrudnia pracowników zgodnie 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 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.*

W ostatniej części wyjaśnień wykonawca REKO odniósł się do wymagań określonych w załączniku nr 2 do SWZ.

Do przedmiotowych wyjaśnień wykonawca REKO nie załączył żadnych dowodów.

W rozdziale V ust. 1 pkt 2 SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej, Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej jedną usługę (bez względu na ilość części postępowania, w których składana jest oferta), która łącznie spełnia poniższe wymagania:

- a) *była lub jest świadczona dla jednego zleceniodawcy na podstawie 1 umowy oraz*
- b) *obejmowała lub obejmuje co najmniej wywóz odpadów komunalnych, wielkogabarytowych i segregowanych oraz*
- c) *świadczona była przez minimum 12 miesięcy w sposób ciągły lub świadczona jest nadal, ale dotychczasowy okres jej realizacji wynosi minimum 12 miesięcy.*

Zamawiający oceni spełnienie powyższego warunku w oparciu o podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w rozdz. VI ust. 3 pkt 3 SWZ.

Wzór wykazu wykonanych usług, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, został określony w załączniku nr 1C.

W złożonym wykazie usług wykonawca REKO wskazał:

- usługę związaną z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z terenu Gminy Niegowa;
- wywóz nieczystości stałych i odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach;
- usługę w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, odpadów biodegradowalnych i odpadów segregowanych oraz odpadów wielkogabarytowych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Żarki.

Jako dowody potwierdzające doświadczenie wykonawca REKO przedłożył:

- 1) poświadczenie z listopada 2020 r. (bez daty dziennej) wydane przez Wójta Gminy Niegowa wykonywania usług związanych z odbiorem, transportem zagospodarowaniem odpadów od stycznia 2020 r. do nadal;
- 2) potwierdzenie wykonania usługi z 18 listopada 2020 r. wydane przez Kanclerza UŚ w Katowicach na potwierdzenie wykonywania usługi od dnia 1 lipca 2018 r. do nadal;

3) referencje wystawione 27 listopada 2020 r. przez Zastępcę Burmistrza Miasta i Gminy Żarki na potwierdzenie wykonywania usługi w okresie od 1 lipca 2020 r. do 31 grudnia 2021 r.

W dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego znajdowała się notatka służbowa z dnia 28 lipca 2021 r. sporządzona przez Kierownika Działu Gospodarowania Nieruchomościami zamawiającego, zawierająca informację, że konsorcjum: P.H.U. „REKO” J. C., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, w imieniu którego działał J. C. — Pełnomocnik świadczył usługę wywozu nieczystości stałych i odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach na podstawie umowy nr DZP.381.025.2018.UG. W ramach przedmiotu umowy Wykonawca zapewniał systematyczny wywóz gromadzonych nieczystości stałych i odpadów zmieszanych (komunalnych), segregowanych (selektywnych) w tym BIO oraz odpadów wielkogabarytowych + gruz.

Usługa wykonywana była od dnia 01.07.2018 r. do dnia 30.06.2021. Realizowana usługa świadczona była rzetelnie i zgodnie z wymogami zawartymi w umowie (także do dnia składania oferty).

W dniu 2 sierpnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w ramach wszystkich trzech części. W zakresie części A za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę wykonawcy REKO.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 Pzp – *1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;

- art. 223 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

- §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia – W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty

potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.;

- §9 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – *Okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutu określonego w pkt II.1) *petitum* odwołania, natomiast w pozostałej części podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba odnosiła się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty wykonawcy REKO. Kluczowe założenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu zostało uregulowane w art. 537 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jak wynikało ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wykonawca REKO z jednej strony został wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz takie wyjaśnienia złożył, a jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach części A zamówienia, z drugiej jednak strony nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego w ramach toczącego się postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania, przez co to na zamawiającym ciążył obowiązek „obrony” oferty tego wykonawcy przed zarzutem rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego zamawiający tego obowiązku nie udźwignął. Argumentację zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, zawartą w odpowiedzi na odwołanie, można było sprowadzić do dwóch kwestii:

- po pierwsze zamawiający twierdził, że bezpośrednim czynnikiem inicjującym wezwanie wykonawców (w tym REKO), nie były uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, a niejako przyczyną wezwania do złożenia wyjaśnień wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, było najprawdopodobniej przeszacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego;
- po drugie zamawiający wskazał, że uznał wyjaśnienia wykonawcy REKO za wyczerpujące, przekonujące, logiczne, spójne i co najważniejsze – znajdujące pokrycie w rzeczywistości, z uwagi na przebieg dotychczasowej współpracy z tymże wykonawcą, szczególnie mając na uwadze umowę realizowaną w latach 2018-2021.

Jeśli chodzi o pierwszą z powyżej wymienionych kwestii, skład orzekający uznał ją za niepotwierdzoną. Warto przypomnieć, że ustalenie szacunkowej wartości zamówienia należy traktować jako podstawową czynnością na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, która spełnia przede wszystkim funkcję proceduralną i weryfikacyjną dla przygotowywanego postępowania.

Jak słusznie w ocenie Izby stwierdził odwołujący, zamawiający *de facto* nie był pewny czy prawidłowo oszacował wartość zamówienia, chociaż powinien to zrobić z należytą starannością (w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że przyczyną wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień *było najprawdopodobniej przeszacowanie* wartości zamówienia). W ocenie składu orzekającego zamawiający powinien zająć jednoznaczne stanowisko wobec ewentualnego przeszacowania wartości zamówienia, a nie poprzestawać na deklarowaniu takiego prawdopodobieństwa. Odwołujący zasadnie argumentował, że stanowisko zamawiającego miało istotne znaczenie dla sprawy. Jeśli bowiem zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia, oznacza to, że wykonawca REKO złożył ofertę z ceną poniżej 30 szacunkowej % wartości zamówienia, w związku z czym wykonawca ten, na etapie postępowania przetargowego, a zamawiający w postępowaniu odwoławczym, powinien udowodnić, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Jeżeli natomiast zamawiający twierdzi, że jednak przeszacował wartość zamówienia, to na zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu spoczywał ciężar wykazania, że wartość szacunkowa została przez niego ustalona w sposób nieprawidłowy. W szczególności, powinien wykazać jakie założenia przyjął błędnie oraz jaka powinna być prawidłowa szacunkowa wartość zamówienia. Tymczasem zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów ani wyliczeń, opierając się wyłącznie na cenach ofert uzyskanych w postępowaniu.

Dodatkowo Izba przyznała rację odwołującemu, który zwrócił uwagę, że zamawiający składając odpowiedź na odwołanie w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt KIO 2410/21 uwzględnił w całości zarzuty odwołania (przedmiotowe sprawa dotyczyła odwołania wniesionego przez wykonawcę ALBA Sp. z o.o. w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy REKO w zakresie części C zamówienia). Postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2410/21 zostało umorzone postanowieniem z dnia 3 września 2021 r. w związku z uwzględnieniem zarzutów przez zamawiającego oraz brakiem zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego. W uzasadnieniu uwzględnienia zarzutów w sprawie KIO 2410/21 zamawiający wyjaśnił, że wykonawca REKO wezwany do złożenia wyjaśnień z dowodami w ramach części C – takich wyjaśnień i dowodów nie przedstawił w związku z czym nie wykazał, że jego oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny. Izba zwróciła uwagę na niekonsekwencję w stanowisku zamawiającego, który dla części C zamówienia nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny podnosząc prawdopodobieństwo przeszacowania wartości zamówienia oraz wyciągnął ostatecznie konsekwencję związane z tym wezwaniem wobec oferty wykonawcy REKO przez jej odrzucenie, natomiast w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dotyczącym części A argumentacja zamawiającego była zgoła inna i wychodziła z założenia przeszacowania wartości zamówienia. Ponadto odwołujący trafnie zauważył, że w części C zamówienia, ceny oferowane przez wykonawcę REKO były wyższe od oferowanych w części A. I tak w przypadku części C: odpady zmieszane – 90,00 zł netto, odpady segregowane – 60,00 zł netto, odpady wielkogabarytowe i gruz – 70,00 zł netto. W przypadku części A: odpady zmieszane – 65,00 zł netto, odpady segregowane – 55,00 zł netto, odpady wielkogabarytowe i gruz – 60,00 zł netto.

Mając powyższe na uwadze Izba doszła do przekonania, że stanowisko zamawiającego w zakresie przeszacowania wartości zamówienia należało uznać za gołosłowne oraz sporządzone wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

Jak wynikało z powyższego skład orzekający nie znalazł podstaw do kwestionowania zasadności wezwania skierowanego do wykonawcy REKO w zakresie rażąco niskiej ceny, stąd też należało przyjąć, że wywoływało ono wszelkie konsekwencje z nim związane. W związku z tym Izba odniosła się do drugiej wynikającej z odpowiedzi na odwołanie kwestii, dotyczącej uznania przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy REKO za wyczerpujące, przekonujące, logiczne, spójne i co najważniejsze – znajdujące pokrycie w rzeczywistości, z uwagi na przebieg dotychczasowej współpracy z tymże wykonawcą, szczególnie mając na uwadze umowę realizowaną w latach 2018-2021.

Skład orzekający stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy REKO z 13 lipca 2021 r. nie były wyczerpujące i przekonujące. Wezwanie do wyjaśnień skierowane do wykonawcy REKO nie ograniczało się – jak to często się zdarza – wyłącznie do przywołania treści art. 224 ust. 3 Pzp. Zawierało ono poza tym informacje uszczegóławiające, których wyjaśnienia wymagał zamawiający. Wyjaśnienia wykonawcy REKO odnosiły się po krótce do tych szczegółowych informacji, ale w żadnym wypadku nie można je było uznać za wyczerpujące oraz przekonujące. W ocenie Izby miały one charakter lakoniczny, hasłowy, ogólnikowy i co najistotniejsze nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przy czym należy podkreślić, że w ocenie składu orzekającego nie zawsze jest niezbędne składanie dowodów na potwierdzenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Uzależnione jest to od treści, szczegółowości, oraz zaprezentowanego sposobu argumentacji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy wyjaśnienia wykonawcy REKO były na tyle ogólnikowe, że bez załączenia stosownych dowodów na ich potwierdzenie, nie mogły stanowić podstawy do przyjęcia, że cena jego oferty nie była rażąco niska. Ponadto odwołujący na rozprawie potwierdził i wykazał przez zaprezentowaną argumentację oraz złożone dowody, że cena oferty wykonawcy REKO

szczególnie w zakresie kosztów pracowniczych, kosztów transportu (w tym przede wszystkim kosztów paliwa) oraz kosztów utylizacji odpadów wielkogabarytowych lub gruzu, nie była realna, gdyż nie zawierała szeregu zmiennych, które się na nią składały. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania argumentacji odwołującego, która została szczegółowo przedstawiona powyżej na str. 22-25 (w części dotyczącej prezentacji stanowiska zawartego w piśmie złożonym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron) oraz dowodów złożonych w tym zakresie. Ponadto skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego podniesiona w piśmie złożonym na posiedzeniu niejawnym oraz złożone przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie dowody nie dotyczyły okoliczności, które wykaczały poza treść odwołania, przez co nie mogły zostać pominięte i należało je uznać za dopełnienie i uszczegółowienie przedstawionego wcześniej stanowiska. Dla rozstrzygnięcia okazały się nieprzydatne natomiast dowody załączone do odwołania, ponieważ jak słusznie wskazał zamawiający dotyczyły one innych postępowań, a zadaniem Izby nie jest analizowanie akt innego postępowania i porównywania ich do stanu faktycznego w analizowanym postępowaniu.

Niewystarczająca okazała się także argumentacja zamawiającego odnosząca się do wcześniej realizowanego zamówienia przez wykonawcę REKO w latach 2018-2021 lub innych zamówień podobnych. Okoliczność związana z faktem dotychczasowej, owocnej współpracy pomiędzy zamawiającym, a danym wykonawcą, przy okazji realizacji tożsamyh lub podobnych zamówień, może mieć oczywiście znaczenie w procesie badania rażąco niskiej ceny. Zamawiający może ją wziąć pod uwagę, jednakże postępowanie w tym zakresie powinno być wynikowe i wykazane stosownymi środkami dowodowymi. Tymczasem w przedmiotowej sprawie działanie zamawiającego w ocenie składu orzekającego nie było wynikowe, a dowody złożone w tym zakresie (oznaczone w odpowiedzi na odwołanie jako dowody nr 2, 3 i 4) nie potwierdzały słuszności argumentacji zamawiającego. Jak ustalono powyżej zamawiający najpierw wezwał wykonawcę REKO do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, następnie w odpowiedzi na odwołanie próbował kwestionować zasadność i znaczenie tego wezwania w kontekście prawdopodobnego przeszacowania wartości zamówienia, mimo tego że w części C zamówienia uznał, iż wyjaśnienia ww. wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny były jednak niewystarczające. Zamawiający nie zdecydował się w ostateczności na unieważnienie czynności wezwania do wyjaśnień przez co – jak wskazano powyżej – Izba nie znalazła powodów do podważenia zasadności zastosowania tego wezwania. O zasadności stanowiska zamawiającego nie mogły przesądzić także ww. dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie. W przypadku tych dokumentów miały zastosowanie reguły, które Izba przyjęła wobec dowodów załączonych do odwołania tj. zadaniem Izby nie jest analizowanie akt innego postępowania i porównywania ich do stanu faktycznego w

analizowanym postępowaniu. W tym kontekście należy wskazać, że argumentacja zamawiającego odnośnie tych dowodów skoncentrowała się na stwierdzeniu, że cena z oferty wykonawcy REKO w przedmiotowym postępowaniu wzrosła o 17% w stosunku do ceny ofertowej złożonej w 2018 r. w ramach wcześniejszego postępowania. Zestawiając przedmiotową argumentację zamawiającego ze stanowiskiem odwołującego zaprezentowanym szczególnie w złożonym na posiedzeniu niejawnym piśmie procesowym oraz załączonych do tego pisma dowodach, skład orzekający doszedł do przekonania, że argumentacja zamawiającego okazała się niewystarczająca do wykazania, że cena oferty wykonawcy REKO nie była rażąco niska.

Tym samym Izba uwzględniła zarzut podniesiony w pkt II.1) *petitum* odwołania i nakazała odrzucenie oferty wykonawcy REKO jako zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt II.2) *petitum* odwołania Izba uznała, że w związku z uwzględnieniem powyżej opisanego zarzutu, stał się on bezprzedmiotowy. Uwzględniony zarzut był dalej idącym zarzutem od niniejszego. Skoro Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy REKO to rozstrzygnięcie kwestii ponownego wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej lub kosztu nie miało racji bytu. Ponadto skład orzekający stwierdził, że mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, nie można było nakazać zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy REKO do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ w zakresie pewnych kosztów co do których potwierdziły się znamiona rażąco niskiej ceny, szczególnie takich jak koszty pracownicze, koszty transportu (w tym paliwa) lub koszty związane z wywozem odpadów wielkogabarytowych, ww. wykonawca był już wzywany przy okazji wezwania z dnia 8 lipca 2021 r. do złożenia wyjaśnień i dowodów. W związku z tym wzywanie po raz kolejny wykonawcy do wyjaśnień w tym samym zakresie byłoby niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp.

Odnośnie zarzutu podniesionego w pkt II.3) *petitum* odwołania Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego określone w odpowiedzi na odwołanie i stwierdziła, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej, zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jedną usługą świadczoną dla jednego zleceniodawcy na podstawie jednej umowy i obejmującą co najmniej wywóz odpadów komunalnych, wielkogabarytowych i segregowanych. Dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczająca była zatem jedna prawidłowa referencja. Odwołujący wprawdzie słusznie zauważył, że z literalnego brzmienia przepisów rozporządzenia wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego referencje potwierdzające świadczenia, które są nadal wykonywane, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3

miesiący liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Odwołujący zdawał się jednak zapomnieć, że jedna z tych referencji była w posiadaniu zamawiającego i dotyczyła usługi wykonanej dla niego. Ponadto oprócz pełnej dokumentacji księgowej za ostatnie trzy lata trwania dotychczasowej umowy z wykonawcą REKO, zamawiający dysponował również notatką służbową Kierownika Działu Gospodarowania Nieruchomościami (w aktach sprawy), która w sposób bezsprzeczny potwierdzała, że usługa wywozu nieczystości realizowana przez tego wykonawcę w okresie od 1 lipca 2018 r. do dnia 30 czerwca 2021 r. została wykonana rzetelnie i zgodnie z wymogami zawartymi w umowie. Wezwanie w tym wypadku wykonawcy do złożenia dokumentu, który był w posiadaniu zamawiającego lub potwierdzał wykonanie usługi, tylko po to by powtórnie został złożony zamawiającemu i w zakresie informacji, których jest dysponentem, byłoby przejawem nadmiernego formalizmu.

Zamawiający słusznie stwierdził, że można przyjąć, iż w sposób dorozumiany, aprobatę dla powyższego twierdzenia wyraził sam odwołujący, skoro w kontekście wspomnianej notatki kwestionował fakt braku samodzielności w wykonywaniu tej usługi oraz udziału w konsorcjum wraz z PW „MIKI” M. J. w Krakowie. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem, wykonawca nie nabywa „merytorycznego” doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia, na które się powołuje. Niemniej jednak, Izba nie podzieliła wątpliwości odwołującego w kwestii wykazania spełnienia przez REKO warunku udziału w postępowaniu w drodze odwołania się do doświadczenia konsorcjum REKO (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI” M. J. (partner konsorcjum). W ocenie składu orzekającego, nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia (kwestia realizacji w mniej lub bardziej sformalizowanym konsorcjum). Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakiej części podmiot, którego potencjał podlega badaniu partycypował w wykonywaniu żądanych prac. Dzięki temu, że jedna z usług wywozu nieczystości, którą wykazał wykonawca REKO w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, była realizowana na rzecz zamawiającego, miał on pełną wiedzę na temat partycypacji poszczególnych członków konsorcjum w realizację zamówienia objętego wykazem. Zamawiający na podstawie analizy przebiegu wykonania dotychczasowej umowy wywozu nieczystości, czynności nadzorczych, odbiorowych, rozliczeniowych, z pełnym przekonaniem uznał, iż wykonawca REKO samodzielnie realizował pełny zakres przedmiotu umowy objęty dyspozycją warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto zamawiający wykazał przedmiotową okoliczność

przez złożenie dowodów oznaczonych nr 6 i 7, załączonych do odpowiedzi na odwołanie. W związku z tym Izba stwierdziła, że mając na uwadze powyższe okoliczności, w warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę REKO w sposób prawidłowy.

Tym samym Izba oddaliła zarzut wskazany w pkt II.3) *petitum* odwołania.

Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania i oceny oferty wykonawcy REKO i zaniechał jej odrzucenia.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

W przedmiotowej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione pozostałym w zakresie. Jednakże zarzut podniesiony w pkt II.2) *petitum* odwołania był co do meritum ściśle związany z zarzutem wskazanym w pkt II.1). Izba doszła do przekonania, że zarzut z pkt II.1) był zarzutem dalej idącym wobec zarzutu z pkt II.2) ponieważ dotyczył odrzucenia oferty REKO jako zawierającej rażąco niską cenę, natomiast zarzut z pkt II.2) odnosił się do ponownego wezwania wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu. W związku z tym, w zakresie postanowienia dotyczącego kosztów postępowania Izba przyjęła, że oba ww. zarzuty należy potraktować jako jedno zagadnienie odnoszące się do rażąco niskiej ceny, a oddzielnie należy potraktować okoliczność związaną z oddaleniem ostatniego z podniesionych w odwołaniu zarzutów, przez co kosztami postępowania po połowie obciążono odwołującego oraz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu opłat skarbowych od dwóch pełnomocnictw – 34 zł (odwołujący przed zamknięciem rozprawy nie złożył rachunków dotyczących wynagrodzenia pełnomocnika lub kosztów dojazdu, w związku z tym zgodnie z zastrzeżeniem poczynionym w pkt IV odwołania skład orzekający zaliczył na poczet kosztów postępowania tylko te wydatki, które zostały potwierdzone stosownymi rachunkami, czyli w tym wypadku wydrukami poniesienia dwóch opłat

skarbowych od pełnomocnictw w wysokości 17 zł od jednego pełnomocnictwa). Zamawiający nie przedstawił rachunków związanych z poniesieniem kosztów postępowania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 517 zł (15 037 zł x 1/2). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 15 034 zł (koszt wpisu oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw), a odpowiadał za te koszty w kwocie 7 517 zł (15 037 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 517 zł (15 034 zł – 7 517 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. d) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: