

Sygn. akt: KIO 992/22

Sygn. akt: KIO 1016/22

WYROK
z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	Małgorzata Matecka
	Michał Pawłowski

Protokolant:	Piotr Cegłowski
--------------	-----------------

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia i w dniu 17 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez odwołujących:

- A. **INNEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** (ul. Teatralna 49 66-400 Gorzów Wielkopolski);
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
Konsorcjum: **EKO-MYŚL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu** (Dalsze 36, 74-300 Myślibórz)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** (ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski)

przy udziale wykonawcy: **PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: **KIO 992/22 i KIO 1016/22,**

orzeka:

1. Uwzględnić częściowo odwołania i uznać za zasadne zarzuty podnoszone w odwołaniu o sygn. akt:
 - a) KIO 992/22 i KIO 1016/22: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy;

- b) KIO 992/22 i KIO 1016/22: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 239 Pzp dotyczących niewykazania spełniania warunku udziału o którym mowa w rozdziale VIII punkt 1.3. lit. a) SWZ;
- c) KIO 1016/22: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp dotyczącego braku decyzji na zagospodarowywanie odpadów o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie związanej z rozdziałem IV.1 OPZ;

oraz nakazuje zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części I, II i III; b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach oraz c) odrzucenie oferty wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części I, II i III na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z jej art. 224 ust. 5 i 6 i w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy;

- 2. W pozostałym zakresie uznaje zarzuty za niezasadne;
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań każdy w kwocie po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy).
- 4. Zasądza od wykonawcy **PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław) na rzecz odwołującego:
 - 4.1. **INNEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** (ul. Teatralna 49 66-400 Gorzów Wielkopolski) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł;
 - 4.2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: **EKO-MYŚL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu** (Dalsze 36, 74-300 Myślibórz) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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**.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 992/22

Sygn. akt: KIO 1016/22

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 11 kwietnia 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy” przez wykonawców:

- 1) INNEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (Odwołujący INNEKO lub Odwołujący 1);
- 2) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcja firm w składzie: EKO-MYŚL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu (Odwołujący EKO-MYŚL lub Odwołujący 2).

Numer referencyjny: DK.271.1.13.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 2021/S 236-622021 z 6 grudnia 2021 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 rozłączne i niezależne względem siebie części, tj.:

- 1) część I – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora I, który zgodnie z OPZ, rozdział IV pkt. 2 obejmuje gminy wiejskie: (...) łącznie 12 062 Punktów Wywozowych (PW)
- 2) część II – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora II, który obejmuje teren miasta Gorzów Wielkopolski;
- 3) część III – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora III, który obejmuje teren miasta Gorzów Wielkopolski.

Odwołujący 1- wykonawca INNEKO wniósł odwołanie w zakresie części II i III, a Odwołujący 2 - Odwołujący EKO-MYŚL) - w zakresie części I odpowiednio do ofert, które zostały złożone przez tych wykonawców.

Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2022 r. dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, we wskazanych trzech częściach i uznał w każdej z tych części za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (wykonawca PHU Komunalnik lub Przystępujący Komunalnik) i ten wybór we wszystkich trzech częściach zamówienia został zaskarżony w odwołaniach przez wymienionych Odwołujących.

Sygn. akt: KIO 992/22

Odwołujący INNEKO zarzucił Zamawiającemu, że czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Komunalnik w zakresie części II i III zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik ze względu na to, iż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik z powodu tego, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 4) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik, pomimo iż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz treść oferty była niezgodna z warunkami zamówienia.
- 5) art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji skierowanie do PHU Komunalnik wezwania z dnia 22.03.2022 r. w sytuacji gdy już złożone przez PHU Komunalnik Sp. z o. o. pismo z 04.02.2022 r. mające stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przesądzało o obowiązku odrzucenia oferty PHU Komunalnik Sp. z o. o., a wezwanie Zamawiającego z 22.03.2022 r. stanowiło w istocie ponowne wezwanie PHU Komunalnik Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, naruszając tym samym zasadę równości wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że powyższe czynności (względnie zaniechania) doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu. Wskazał, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana w części II i części III na drugiej pozycji, a w przypadku odrzucenia oferty PHU Komunalnik Sp. z.o.o. staje się ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zarówno w części II i III zamówienia:

- I. Unieważnienia czynności wyboru oferty PHU Komunalnik jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- I. Dokonania czynności odrzucenia oferty PHU Komunalnik;

II. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

W zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu w SWZ w Rozdziale VIII Warunki udziału w postępowaniu pkt 1.3 lit a) zdolność techniczna lub zawodowa Zamawiający zapisał następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje co najmniej:

o (...)

o (...)

o maksymalnie dwie usługi (dopuszczalne jest również wykonanie jednej usługi na rzecz jednego podmiotu na kwotę wskazana w niniejszej kropce), każda na rzecz jednego podmiotu (w celu uniknięcia wątpliwości, wskazuje się, iż mogą to być dwa różne podmioty, bez względu na liczbę umów zawartych przez wykonawcę z danym podmiotem w ramach każdej z usług oraz trybu ich zawarcia) polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o charakterze ciągłym (usługę kompleksową), trwającą nieprzerwanie w okresie co najmniej 12 miesięcy (każda z usług), których wartość brutto wyniosła łącznie, co najmniej 12.000.000 (słownie: dwanaście milionów) zł brutto w ciągu ww. 12 miesięcy – w przypadku składania oferty na trzy (którekolwiek) części zamówienia(...)

Zamawiający ma swobodę w decydowaniu czy i w jaki sposób zostaną określone warunki udziału w postępowaniu oraz w kształtowaniu ich treści. Taki pogląd przedstawiony w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2021 r. podziela również Krajowa Izba Odwoławcza „Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.” (Wyrok z dnia 3 września 2021 r., KIO 2293/21). Postawienie i sformułowanie warunku udziału w postępowaniu jest prawem Zamawiającego, a ten w sposób świadomy i dobrowolny, w oparciu o posiadane doświadczenie, gdyż nie jest to

pierwsze postępowanie Zamawiającego, postawił warunek dotyczący doświadczenia w brzmieniu tj. polegającego na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o charakterze ciągłym (usługi kompleksowej) trwającej określony czas i o określonej wartości w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający zobowiązany jest do weryfikacji oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem spełniania przez Wykonawcę warunku w trzech płaszczyznach, tj. zarówno odbioru, transportu i zagospodarowania (usługa kompleksowa).

Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. wykazał się doświadczeniem (oświadczenie złożone na wzorze – zał. Nr 4 do SWZ – wykaz usług i pojazdów) - dwiema usługami o łącznej wartości powyżej 12 mln zł w ciągu 12 miesięcy, jednakże wskazany przez Wykonawcę okres usługi dla Gminy Miasta Wałbrzych nie mieści się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (w tym okresie wykonawca wykazał realizację usług w okresie ok. 9,5 miesiąca), ponadto usługa świadczona na rzecz Miasta/Gminy Wałbrzych nie była świadczona kompleksowo w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego (ZCG MG6). Powołując się na publikowaną na stronie bip.um.walbrzych (...) dokumentację zamówienia z Wałbrzycha stwierdził, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał oceny ofert - nie dokonał weryfikacji wykazanego doświadczenia Wykonawcy - nazwa postępowania Miasta/Gminy Wałbrzych rzeczywiście dotyczyła obioru, transportu i zagospodarowania odpadów, jednakże przedmiot postępowania opisany w dokumentacji zamówienia (w tym SIWZ, OPZ, wzór umowy) w zakresie przedmiotu zamówienia oraz okresu jego świadczenia na jaki powołuje się Wykonawca, nie odpowiada przedmiotowi zamówienia określonemu przez ZCG MG6. Przytoczył wyciąg z dokumentacji – projekt umowy - § 2:

„§ 2

Przedmiot umowy

1. Przedmiotem umowy jest zlecenie wykonania usług polegających na: 1) odbieraniu i zagospodarowaniu:

a) odpadów komunalnych niesegregowanych,

b) odpadów komunalnych segregowanych

pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Wałbrzych – w terminie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2016 r.

2) odbieraniu:

a) odpadów komunalnych niesegregowanych,

b) odpadów komunalnych segregowanych

pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Wałbrzych, i przekazywaniu ich do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych – Zakład Segregacji i Zagospodarowania Odpadów ul. Beethovena w Wałbrzychu - w terminie od dnia 01.01.2017 r. do 30.06.2019 r.

3) odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów zielonych pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Wałbrzych – w terminie od dnia zawarcia umowy do dnia 30.06.2017 r.

4) odbieraniu odpadów zielonych pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha, na zasadach określonych w Regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie Wałbrzych, i przekazywaniu ich do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych – Zakład Segregacji i Zagospodarowania Odpadów ul. Beethovena w Wałbrzychu - w terminie od dnia 01.01.2018 r. do 30.06.2019 r.”.

Oferta Komunalnik Sp. z o.o. nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie doświadczenia zarówno pod względem okresu świadczenia usługi (nie wykazano 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania) jak i przedmiotu zamówienia (Wykonawca nie dowiódł, iż posiada doświadczenie w przedmiocie określonym przez Zamawiającego tj. odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w wymaganym okresie 12 miesięcy), gdyż zgodnie z umową za zakres zagospodarowania odpadów komunalnych odpowiadał jedynie w okresie od 01.11.2016 r. do 31.12.2016 r. (§ 2 ust. 1 pkt 1 projektu umowy), a nawet wtedy nie dokonywał faktycznej czynności zagospodarowania odpadów komunalnych - zgodnie z zapisami umowy § 5 ust. 1 pkt 10 i 11 zobowiązany był do przekazania odpadów do zagospodarowania:

„10)przekazywać odebrane odpady komunalne niesegregowane oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania do zagospodarowania w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów lub do instalacji zastępczej, które wskazane zostały dla regionu południowego w Uchwale Nr XXIV/617/12 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 27 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2012 oraz uchwałach zmieniających, na zasadach określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – dot. usługi, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1,

11) przekazywać zebrane selektywnie pozostałe odpady opakowaniowe do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami oraz zasadą bliskości, wyrażonymi w ustawie o odpadach - dot. usługi, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1. Zamawiający wymaga, aby w całym okresie świadczenia usługi 100% odpadów zebranych selektywnie zostało przekazanych do odzysku, recyklingu lub przygotowania do ponownego użycia,”

Tak więc widać wyraźnie, że firma Komunalnik Sp. z o.o., nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wskazana usługa nie trwała co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Ponadto Komunalnik nie świadczył usługi kompleksowo, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego (ZCG MG-6)

Wykonawca Komunalnik Sp. z o.o., w okresie, który wykazał w bieżącym postępowaniu prowadzony przez ZCG MG6, zgodnie z zapisami umowy (§ 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 ust. 1 pkt 12 projektu umowy) zobowiązany był odebrać odpady komunalne oraz:
„12)przekazywać odebrane odpady komunalne niesegregowane do zagospodarowania w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej przez Zamawiającego - dot. usługi, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 2”,

Dodatkowo należy zauważyć, że wszyscy wykonawcy jasno zrozumieli, że przedmiotem zamówienia oraz wymogiem w zakresie doświadczenia jest:

- odbiór odpadów
- transport odpadów
- zagospodarowanie odpadów

Dlatego każdy z Wykonawców (poza INNEKO które dysponuje zarówno instalacją przetwarzania odpadów komunalnych jak i taborem do ich odbioru) złożył ofertę jako konsorcjum składające się z przedsiębiorstwa transportowego oraz przedsiębiorstwa posiadającego instalację przetwarzania odpadów, tj.:

- EKO-MYŚL Sp. z o.o. jako właściciel zakładu do zagospodarowania odpadów założył konsorcjum z firmą transportową Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o.;
- Eneris Surowce S.A., Eneris Centrum Utylizacji Sp. z.o.o. i ENERIS Gorzów Wielkopolski sp. z o. o. posiadające tabor do transportu odpadów założyli wspólnie konsorcjum z Alvater Piła sp. z.o.o. czyli przedsiębiorstwem posiadającym instalacje do zagospodarowania odpadów.

Jedynie Komunalnik Sp. z o.o. mimo, że nie dysponuje instalacją do zagospodarowania odpadów, a co za tym idzie wymaganego doświadczenia w zakresie zagospodarowania odpadów, złożył ofertę samodzielnie. Komunalnik Sp. z o.o. ma doświadczenie w odbiorze i transporcie odpadów, ale nie w ich faktycznym zagospodarowaniu, czego wymagał Zamawiający. Do jego zdobycia wymagane jest faktyczne świadczenie usług zagospodarowania, które jest niemożliwe bez posiadania instalacji przetwarzania odpadów. Celem zagospodarowania odpadów jest to, aby odzyskać z nich jak najwięcej surowców wtórnych, a także zminimalizować negatywny wpływ tych, które nie nadają się do przetworzenia. Na zagospodarowanie odpadów składają się głównie odzysk oraz unieszkodliwianie, a ponadto nadzór nad tymi procesami i miejscami, w których odpady są unieszkodliwiane. W związku z powyższym nie posiadając instalacji nie można zdobyć doświadczenia w zagospodarowywaniu odpadów w świetle warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu. Zgodnie z interpretacją art. 6d ust. 1 ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2021 r. poz. 888) zamawiający mógłby uznać brak faktycznego wykonywania czynności zagospodarowania odpadów przez PHU Komunalnik sp. z o.o. w sytuacji braku warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu określonym w SWZ. Ustalanie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Świadczy o tym konstrukcja przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Mowa tutaj o treści m.in. art. 112 ust. 2, art. 113, art. 114, art. 115 ust. 1, art. 116 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) – dalej n.p.z.p., w której to ustawodawca użył słowa "może" lub "mogą" zamiast "określa", "dotyczą", "wymaga".

Zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu i sposób ich wykazania przez Wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu są wiążące na dalszych etapach postępowania i nie podlegają wykładni prowadzącej do rozszerzenia lub zawężenia ich pierwotnej treści. Dopuszczenie takiej wykładni przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi zagrożenie dla naczelnej zasady udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający (ZCG MG6) wymagał doświadczenia i Wykonawca powinien legitymować się wymaganym doświadczeniem.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO „z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę (obecnie odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp), który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez Zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane” (wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt

KIO 2444/16). Wskazał, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie wykazał spełnienia tych warunków, wobec czego jego oferta powinna zostać odrzucona.

W zakresie naruszenia 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Odwołujący przedstawił w Tabeli nr 2.: „Podsumowanie ilościowo-wartościowe oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. w okresie podstawowym (bez prawa opcji)”

Wyszczególnienie	Ilość odpadów	Wartość oferty netto	Cena jednostkowa netto
Sektor I	53 839,580 Mg	36 503 235,24 zł	678,00 zł/Mg
Sektor II	57 888,581 Mg	36 932 914,68 zł	638,00 zł/Mg
Sektor III	63 893,790 Mg	40 764 238,02 zł	638,00 zł/Mg

W ramach ogłoszonego postępowania Zamawiający zmienił sposób obliczania wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. Dotychczas (tj. w ramach umów zawartych przez Zamawiającego w 2020 r.) rozliczenia wykonanej usługi odbywało się na podstawie cen jednostkowych ustalonych odrębnie dla każdej z frakcji odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Zamawiający zdecydował jednak, że w ramach przyszłych umów (zawartych w wyniku rozstrzygnięcia bieżącego postępowania) rozliczenie wykonywanej usługi następować będzie na podstawie jednej ceny jednostkowej właściwej dla wszystkich frakcji odpadów komunalnych objętych zamówieniem. W poniższej tabeli zaprezentowano porównanie oferty złożonej przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. do średnich stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów obowiązujących w okresie od marca 2020 r. do lutego 2022 r.

Tabela nr 3. Porównanie oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. do średnich stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów obowiązujących w okresie III 2020 – II 2022 r.

Wyszczególnienie	Cena jednostkowa netto Oferta Komunalnik	Cena jednostkowa netto (III 2020 - II 2022)	Różnica	Odchylenie
Sektor I	678,00 zł/Mg	662,29 zł/Mg	15,71 zł/Mg	2,37%
Sektor II	638,00 zł/Mg	693,05 zł/Mg	- 55,05 zł/Mg	-7,94%
Sektor III	638,00 zł/Mg	675,75 zł/Mg	- 37,75 zł/Mg	-5,59%

Jak wynika z powyższej tabeli cena zaoferowana przez Komunalnik sp. z o.o. w II i III Sektorze Związku Celowego Gmin MG-6 (2-ga i 3-cia część zamówienia) jest niższa od stawek zaoferowanych przez Konsorcjum INNEKO Sp. z o.o. i PHU Komunalnik Sp. z o.o. (aktualnych Wykonawców wyłonionych w postępowaniu przetargowym w 2020 r.) odpowiednio o 55,05 zł/Mg (7,94% w 2-giej części zamówienia) oraz o 37,75 zł/Mg (5,59% w 3-ciej części zamówienia). Należy zaznaczyć, że w ramach negocjacji przeprowadzonych 15 lutego 2022 r. (w których Komunalnik jako Konsorcjant brał czynny udział) zaprezentowane wyżej stawki zostały zwiększone o 5% na okres od marca 2022 r. do kwietnia 2022 r. (dla Sektora I) oraz od marca 2022 r. do maja 2022 r. (dla Sektora II i III).

W poniższej tabeli zaprezentowano porównanie stawek zaoferowanych przez Komunalnik Sp. z o.o. do średnich stawek obowiązujących w ww. okresie.

Tabela nr 4. Porównanie oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. do średnich stawek za odbiór i zagospodarowanie odpadów obowiązujących w okresie III 2022 – V 2022 r.

Wyszczególnienie	Cena jednostkowa netto Oferta Komunalnik	Cena jednostkowa netto (III 2022 - V 2022)	Różnica	Odchylenie
Sektor I	678,00 zł/Mg	695,47 zł/Mg	- 17,47 zł/Mg	-2,51%
Sektor II	638,00 zł/Mg	727,68 zł/Mg	- 89,68 zł/Mg	-12,32%
Sektor III	638,00 zł/Mg	709,51 zł/Mg	- 71,51 zł/Mg	-10,08%

Jak wynika z powyższej tabeli stawki zaoferowane w postępowaniu przetargowym przez Komunalnik Sp. z o.o. są niższe od stawek obowiązujących w okresie od marca 2022 r. do maja 2022 r. (tj. do planowanego rozstrzygnięcia trwającego postępowania przetargowego) o 89,68 zł/Mg (12,32% w Sektorze II) oraz o 71,51 zł/Mg (10,08% w Sektorze III). Należy przy tym zaznaczyć, że stawki te zostały przez Konsorcjum ustalone w trakcie negocjacji z MG-6 dokładnie miesiąc po dniu otwarcia ofert przez Zamawiającego.

Należy pamiętać, że zaprezentowane powyżej ceny muszą pokryć koszty odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, a także pozwolić Spółce Komunalnik na osiągnięcie zysku. Ponieważ Komunalnik Sp. z o.o. nie dysponuje własną instalacją mogącą zagospodarowywać odpady komunalne w złożonej przez siebie ofercie wskazał 4 potencjalne instalacje, które miałyby przyjmować do zagospodarowania odbierane przez niego odpady komunalne:

1. Instalacja należąca do INNEKO Sp. z o.o. przy ul. Małszyńskiej 180 w Gorzowie Wlkp. (kod pocztowy 66-400);
2. Instalacja należąca do ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. przy ul. Bielawskiej 6 w Pieszycach (kod pocztowy 58-250);
3. Instalacja należąca do EkoPartner Recykling Sp. z o.o. przy ul. Zielonej 3 w Lubinie (kod pocztowy 59-300);
4. Instalacja należąca do ZZO Marszów Sp. z o.o. w Marszowie 50a (kod pocztowy 68-200 Żary).

Z dokumentów przesłanych Odwołującemu przez Zamawiającego nie wynika, iż Komunalnik Sp. z o.o. uprawdopodobnił, że ww. instalacje są gotowe na przyjęcie do zagospodarowania odbieranych przez niego odpadów komunalnych. Nie zostały przez niego przedstawione umowy na zagospodarowanie odpadów, listy intencyjne z ww. instalacji lub przynajmniej oferty cenowe określające warunki cenowe w trakcie realizacji zamówienia. Co istotne w dniu 22 grudnia 2021 r. Komunalnik Sp. z o.o. wystąpił do INNEKO Sp. z o.o. o przedstawienie oferty cenowej na zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu MG-6 oraz SGO5. W dniu 28 grudnia 2021 r. INNEKO przedstawiło szacowane ceny za przyjęcie do zagospodarowania odpadów w trakcie trwania zamówienia zastrzegając, że ceny te mogą ulec zmianie w trakcie 36 miesięcy objętych zamówieniem (nie wskazując żadnego ograniczenia potencjalnego wzrostu cen – uzależniając je od zmiany czynników kosztotwórczych) oraz nie zobowiązując się w żaden sposób do przyjęcia odpadów od Spółki Komunalnik. Jak podnosiliśmy we wcześniejszej części niniejszego odwołania cena zaproponowana przez Komunalnik Sp. z o.o. musi pokryć koszty odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Na podstawie pisma INNEKO z dnia 28 grudnia 2021 r. oraz cennika ZZO Marszów Sp. z o.o. aktualnego w dniu otwarcia ofert Odwołujący dokonał weryfikacji jaki udział w cenie jednostkowej zaoferowanej przez Komunalnik Sp. z o.o. mają poszczególne elementy zamówienia tj. odbiór i transport (mogące być świadczone przez Komunalnik Sp. z o.o.) oraz zagospodarowanie odpadów (które musi być realizowane przez podmiot trzeci).

Prezentując wyniki przygotowanej przez nas analizy posłużyliśmy się następującymi definicjami wykorzystanych pojęć:

- Cena jednostkowa (łącznie) – oznacza cenę jednostkową wynikającą z oferty przedstawionej przez: Komunalnik Sp. z o.o. w trwającym postępowaniu (tabela nr 5) lub Konsorcjum INNEKO i Komunalnik Sp. z o.o. w poprzednim (obecnie realizowanym) zamówieniu (tabela nr 6);
- Cena jednostkowa (zagospodarowanie) – oznacza taką część ceny jednostkowej którą Komunalnik Sp. z o.o. zobowiązany był zapłacić INNEKO lub ZZO Marszów w przypadku

hipotetycznego przyjęcia przez te instalacje odpadów w trwającym postępowaniu (tabela nr 5) lub którą Komunalnik Sp. z o.o. aktualnie płaci INNEKO w obecnie realizowanym zamówieniu (tabela nr 6);

- Cena jednostkowa (odbiór i transport) oznacza taką część ceny jednostkowej która musi pokryć koszty działalności Spółki Komunalnik oraz zapewnić jej zysk.

Tabela nr 5. Uprozczone zestawienie elementów składowych ceny jednostkowej netto za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zaoferowanej przez Komunalnik Sp. z o.o.[w zł/Mg]

Wyszczególnienie	Cena jednostkowa (łącznie)	Cena jednostkowa (zagospodarowanie)	Cena jednostkowa (odbiór i transport)
Wariant I - zagospodarowanie odpadów w instalacji INNEKO Sp. z o.o.			
Sektor I	678,00	430,63	247,37
Sektor II	638,00	475,70	162,30
Sektor III	638,00	480,88	157,12
Wariant II - zagospodarowanie odpadów w instalacji ZZO Marszów Sp. z o.o.			
Sektor I	678,00	394,00	284,00
Sektor II	638,00	429,10	208,90
Sektor III	638,00	428,65	209,35

Powyższa tabela prezentuje jaki udział w cenie jednostkowej mają poszczególne elementy zadania (odbiór i transport oraz zagospodarowanie). Cena jednostkowa łączna pochodzi z oferty złożonej przez Wykonawcę. Cena jednostkowa za zagospodarowanie obliczona została jako średnia cen na bazie pisma przesłanego przez INNEKO do PHU Komunalnik w dniu 28 grudnia 2021 r. oraz na podstawie cennika ZZO Marszów aktualnego na dzień składania oferty. Jest to element ceny na który Wykonawca nie ma wpływu – ze względu na brak własnej instalacji jest on zmuszony do korzystania z usług innych podmiotów na określonych przez nie warunkach. Cena jednostkowa za odbiór i transport stanowi różnicę pomiędzy ceną jednostkową łączną, a ceną za zagospodarowanie i jest faktyczną kwotą pozostającą do dyspozycji Wykonawcy w celu pokrycia kosztów realizacji przez niego zadania oraz wypracowania zysku.

Tabela nr 6. Zestawienie elementów składowych ceny jednostkowej netto za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów obowiązujących w okresie III 2020 – V 2022 r. [w zł/Mg]

Wyszczególnienie	Cena jednostkowa (łącznie)	Cena jednostkowa (zagospodarowanie)	Cena jednostkowa (odbiór i transport)
Cena obowiązująca w okresie III 2020 - II 2022 r.			
Sektor I	662,29	337,06	325,22
Sektor II	693,05	381,65	311,40
Sektor III	675,75	385,07	290,69
Cena obowiązująca w okresie III 2022 - V 2022 r.			
Sektor I	695,47	350,77	344,70
Sektor II	727,68	398,72	328,96
Sektor III	709,51	402,22	307,29

Wartości zaprezentowane w tabelach nr 6 obliczone zostały analogicznie do wartości z tabeli nr 5, z tą różnicą, że podstawą ich obliczenia były ceny pochodzące z aktualnie realizowanych umów pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum INNEKO Sp. z o.o. i Komunalnik Sp. z o.o.

Tabela nr 7. Porównanie aktualnych oraz zaoferowanych przez Komunalnik cen jednostkowych za odbiór i transport odpadów (przy założeniu że odpady będą zagospodarowywane w instalacji należącej do INNEKO) [w zł/Mg]

Wyszczególnienie	Cena za odbiór i transport (wg oferty Komunalnika / zagospodarowanie INNEKO)	Cena za odbiór i transport (aktualna w ramach Konsorcjum)	Różnica	Odchylenie
Dla cen obowiązujących w okresie III 2020 - II 2022 r.				
Sektor I	247,37	325,22	- 77,85	-23,94%
Sektor II	162,30	311,40	- 149,10	-47,88%

Sektor III	157,12	290,69	- 133,57	-45,95%
Dla cen obowiązujących w okresie III 2022 - V 2022 r.				
Sektor I	247,37	344,70	- 97,32	-28,23%
Sektor II	162,30	328,96	- 166,66	-50,66%
Sektor III	157,12	307,29	- 150,17	-48,87%

Tabela nr 8. Porównanie aktualnych oraz zaoferowanych przez Komunalnik Sp. z o.o. cen jednostkowych za odbiór i transport odpadów (przy założeniu że odpady będą zagospodarowywane w instalacji należącej do ZZO MARSZÓW) [w zł/Mg]

Wyszczególnienie	Cena za odbiór i transport (wg oferty Komunalnika / zagospodarowanie MARSZÓW)	Cena za odbiór i transport (aktualna w ramach Konsorcjum)	Różnica	Odchylenie
Dla cen obowiązujących w okresie III 2020 - II 2022 r.				
Sektor I	284,00	325,22	- 41,23	-12,68%
Sektor II	208,90	311,40	- 102,50	-32,91%
Sektor III	209,35	290,69	- 81,33	-27,98%
Dla cen obowiązujących w okresie III 2022 - V 2022 r.				
Sektor I	284,00	344,70	- 60,70	-17,61%
Sektor II	208,90	328,96	- 120,06	-36,50%
Sektor III	209,35	307,29	- 97,93	-31,87%

Zakładając, że odebrane przez Komunalnik Sp. z o.o. odpady komunalne byłyby przekazywane do zagospodarowania w instalacji należącej do INNEKO wartość ceny jednostkowej przypadającej na odbiór i transport odpadów wynosiła by ok. 162 zł/Mg (dla Sektora II) i ok. 157 zł/Mg (dla Sektora III). Są to wartości o ok. 46 – 48% niższe niż uzyskiwane przez Komunalnik Sp. z o.o. w ramach obecnie realizowanego zamówienia.

Porównując to do cen uzyskanych przez Konsorcjum w trakcie negocjacji związanych z przedłużeniem (na okres III – V 2022 r.) aktualnie realizowanego zamówienia ceny za odbiór i transport odpadów zaoferowane przez Komunalnik Sp. z o.o. są niższe ok. 49 – 51%.

Zakładając, że odebrane przez Komunalnik Sp. z o.o. odpady komunalne byłyby przekazane do zagospodarowania do instalacji należącej do ZZO Marszów (która poza INNEKO znajduje się najbliżej obszaru Związku Celowego Gmin MG-6 i została przez Wykonawcę wskazana w ofercie) wartość ceny jednostkowej przypadającej na odbiór i transport odpadów wynosiła ok. 209 zł (dla Sektora II i III). Są to wartości o ok. 28 – 33% niższe niż uzyskiwane przez Komunalnik Sp. z o.o. w ramach obecnie realizowanego zamówienia. Porównując to do cen uzyskanych przez Konsorcjum w trakcie negocjacji związanych z przedłużeniem (na okres III – V 2022 r.) aktualnie realizowanego zamówienia ceny za odbiór i transport odpadów zaoferowane przez Komunalnik Sp. z o.o. są niższe o ok. 32 – 36,5%. Należy jednak pamiętać, że w przypadku przekazywania odpadów do instalacji znajdującej się w Marszowie dodatkowym kosztem Wykonawcy będzie organizacja bazy przeładunkowej oraz koszty transportu odpadów z terenu MG-6 do instalacji. Szacujemy, że koszty te wyniosą ok. 12,1 mln zł w przypadku realizacji przez Komunalnik Sp. z o.o. wszystkich 3 części zamówienia (dokładne określenie nie jest możliwe ze względu na brak informacji o lokalizacji potencjalnego punktu przeładunkowego). Oznacza to, że szacowany koszt jednostkowy transportu odpadów do instalacji w Marszowie wyniesie ok. 69,00 zł/Mg netto.

W związku z tym, że pozostałe dwie instalacje (ECO Ekologiczne Centrum Odzysku Sp. z o.o. oraz EkoPartner Recykling Sp. z o.o.) nie publikują na swoich stronach internetowych cenników wykonanie analogicznych obliczeń nie jest możliwe. Należy jednak zaznaczyć, że ze względu na odległość wskazanych instalacji od obszaru MG-6 (lokalizacji potencjalnego punktu przeładunkowego) koszty transportu odpadów do tych instalacji będą znacznie wyższe niż przypadku INNEKO czy chociażby ZZO Marszów.

Tabela nr 9. Przedstawienie kosztów związanych z transportem odpadów do instalacji poza gminami należącymi do ZCG MG-6.

Nazwa instalacji	Adres instalacji	Odległość od siedziby MG-6 [km]	Szacowany koszt transportu odpadów [zł]	Szacowany koszt jednostkowy transportu odpadów [zł/Mg]
ZZO Marszów	Marszów 50a 68-200 Żary	170,00	12 117 600,00	69,00
EkoPartner Recykling	ul. Zielona 3 59-300 Lubin	192,00	13 685 760,00	77,93
ECO Ekologiczne Centrum Odzysku	ul. Bielawska 6 58-250 Pieszyce	288,00	20 528 640,00	116,89

Mając powyższe na uwadze INNEKO zwróciło się w dniu 21 stycznia 2022 r. do Zamawiającego wskazując, że cena zaoferowana przez Komunalnik Sp. z o.o. winna budzić jego wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji zamówienia. Pismo wraz z dowodem dostarczenia do Zamawiającego stanowi załącznik nr 7 do niniejszego odwołania.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 29 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2057/19) „każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty”.

Biorąc pod uwagę ugruntowaną linię orzeczniczą KIO (np. wyrok z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt KIO 1834/19, gdzie Izba wskazała, że „wyjaśnienia wymagane od przedsiębiorców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne i muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów”) nie sposób uznać, aby możliwe było, w jakimkolwiek przypadku, uznanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z.o.o. za wystarczające.

Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z.o.o. został dwukrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień (w dniu 24.01.2022 r. oraz w dniu 22.03.2022 r.) w zakresie rażąco niskiej ceny w oparciu o art. 224 ustawy pzp.

W wymaganym terminie Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego były niewystarczające i nie poparte rzetelnymi dowodami. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne wyjaśnienia nie wskazując czynników które mają realny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić trzeba, że w orzecznictwie KIO już dawno przesądzono, iż wyjaśnienia ceny nie mogą polegać na zdawkowym wskazaniu okoliczności (czynników), które mają tłumaczyć niski poziom ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, tak jak to uczynił Wykonawca w swoich wyjaśnieniach. Jeśli bowiem Wykonawca powołuje się w wyjaśnieniach na jakąś bardzo ogólnie ujętą okoliczność, to musi jednocześnie i precyzyjnie wskazać w wyjaśnieniach, jak owa, ogólnie ujęta okoliczność, przekłada się na wysokość

ceny, czyli wskazać jakie konkretnie oszczędności może dzięki niej poczynić (na jakich kosztach zaoszczędzić i w jakiej konkretnie wysokości). Stanowisko Izby w tym zakresie jest jednolite i ugruntowane, zatem jedynie tytułem przykładu wskazuje na wyrok KIO z 6 lutego 2018 r., KIO 106/18, zgodnie z którym: „Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępujących, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia z dnia 21 grudnia 2017 r. są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie oszacowali ofertę”.

Komunalnik Sp. z o.o. wraz ze złożonymi przez siebie wyjaśnieniami przekazał Zamawiającemu jako rzekome dowody na potwierdzenie realności ceny ofertowej następujące dokumenty:

1. Ogłoszenia o sprzedaży samochodów ciężarowych z serwisu otomoto.pl;
2. Niepodpisane oświadczenie o rzekomych oszczędnościach wynikających z wykorzystania systemu RFID;
3. Faktura APF dotycząca zakupu rękawic i butów;
4. Faktury INTER CARS za zakup części zamiennych do pojazdów;
5. Faktury MAN za zakup części zamiennych do pojazdów;
6. Faktury ARPOL A. S. za usługi wulkanizacyjne;
7. Ofertę z PRALNI FRANIA – oferta ma charakter ogólny, a z jej treści nie wynika, że podana cena zostanie utrzymana w całym okresie realizacji zamówienia;
8. Cennik PKS Gorzów Wlkp., na mycie samochodów – cennik ma charakter ogólny (Zarządzenie Prezesa Zarządu) skierowany do wszystkich podmiotów;
9. Faktura za zakup paliwa ze stacji CircleK

Wykonawca, w żaden sposób nie wykazał jak te czynniki wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości o jakie mógłby obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

W wyroku KIO z 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 681/17, zgodnie z którym: „W ocenie składu orzekającego A. S. nie wykazało, w jaki sposób każdy z pięciu, wymienionych w pierwszych wyjaśnieniach, czynników cenotwórczych, tj. dwudziestoletnie doświadczenie, zaplecze techniczne, tanie koszty działania, posiadanie dokumentacji projektowej dla zabudowy mieszkaniowej przy ul. (...) w (...) oraz powtarzalność budynków wpływa na dokonaną przez A. S. kalkulację ceny ofertowej. W szczególności A. S. nie wyjaśniło, w jaki sposób i w jakim stopniu każdy z czynników wpływa na obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Trafnie Odwołujący zauważał, że posiadane doświadczenie, zaplecze techniczne oraz tanie koszty działania, na które powoływało się A. S., w ogóle nie zostały przedstawione w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i zaoferowanej ceny. Wymienione czynniki są dostępne także innym wykonawcom i nie mogą stanowić okoliczności uzasadniającej realne obniżenie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.”

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 121/16, zgodnie z którym: „Ponadto Izba podkreśla, że odwołujący nie wykazał w żadnym miejscu swoich wyjaśnień wpływu na cenę ofertową wykazanych i udowodnionych czynników, którymi dysponuje odwołujący, np. kwalifikacje kadry, nowoczesność sprzętu, preferencyjne warunki w wytwórni mieszanek mineralno bitumicznych itp. Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić co - jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić w jaki sposób wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np. dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie - zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. 90 ust. 3 Pzp (...)”. Wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, co jasno i wyraźnie wynika również z art. 224 ust. 6 ustawy pzp.

Jak to słusznie wskazano w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12: „Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska”. Brak dowodów oznacza natomiast nie tylko, że Wykonawca nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, ale przede wszystkim, iż nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Na obowiązek poparcia przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji ceny odpowiednimi dowodami Izba zwróciła uwagę m.in. w wyroku z 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 619/19, stwierdzając, iż: „(...) nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, że nie był on zobligowany do przedłożenia dowodów potwierdzających, że sporządzona przez niego kalkulacja ceny oferty jest rzetelna, a zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Nadal pozostaje aktualne stanowisko wynikające z orzecznictwa, że norma art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które

wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach."

W wyroku z 25 kwietnia 2019 r. (KIO 624/19) Izba uznała, że „wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych”.

Wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. nie wykazał w jaki sposób przedstawione przez niego okoliczności oraz załączone dowody wpływają na cenę. Odwołujący nie wyklucza, że Wykonawca w swojej kalkulacji uwzględnił koszty paliwa, amortyzacji, mycia aut, naprawy, tyle tylko, że dowody jakie przedstawił na tę okoliczność są niewiarygodne. Odnosząc się do dokumentów złożonych przez PHU Komunalnik Odwołujący wskazuje iż

1. Ogłoszenia o sprzedaży pojazdów z serwisu otomoto.pl.

Komunalnik Sp. z o.o. przedstawił ogłoszenia znajdujące się w serwisie otomoto.pl pochodzące od trzech potencjalnych dostawców: MOTO-RAD Sprzedaż ciężarówek, Komunal Full P.U.H. oraz od użytkownika Auto Technik. Nie wskazał jednak żadnych oszczędności z tego tytułu, a pojazdy będące przedmiotem ogłoszeń mogły zostać już sprzedane. Dodatkowo firma Komunal Full P.U.H. zastrzega w swoich ogłoszeniach, że nie stanowią one oferty handlowej w myśl art. 66, § 1. Kodeksu Cywilnego.

2. Niepodpisane oświadczenie o oszczędnościach związanych z wykorzystaniem systemu RFID.

W naszej ocenie przedstawiony dowód jest niewiarygodny. Wykonawca dołączył oświadczenie sprzedawcy systemu, z którego wynika, że u innych podmiotów pozwoliło zoptymalizować [zmniejszyć] ich koszty o 15%. Po pierwsze, nie informuje jednak o jakich odbiorców tego systemu chodzi. Komunalnik Sp. z o.o. nie wskazuje że ww. system wykorzystywał i osiągnął pożądane rezultaty. Po drugie, jest to oświadczenie sprzedawcy, a więc podmiotu mającego interes w sprzedaży ww. systemu, można zatem domniemywać, że informacja ta może być chwytem marketingowym. Po trzecie, Wykonawca sam pisze, że „istnieje tu znaczna szansa optymalizacji” co oznacza, że nie ma co do niej pewności (wysnuwa jedynie takie przypuszczenie). Po czwarte, punkty wywozu zostały ustalone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, natomiast Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu harmonogram wywozu odpadów z wyznaczonych punktów wywozu. System RFID wskazuje jedynie lokalizację pojemnika, która już wcześniej została

ustalona przez Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał, że korzystanie z tego systemu pozwala osiągnąć mierzalne korzyści przy realizacji zamówienia dla ZCG MG-6.

3. Faktura APF za zakup odzieży roboczej.

Komunalnik Sp. z o.o. nie wykazał żadnych oszczędności z tytułu zakupu odzieży ochronnej w tym konkretnym podmiocie. Nie przedstawił długoterminowej umowy łączącej go z dostawcą która potwierdzałaby, że uzyskuje on w tym zakresie niższe ceny niż pozostali potencjalni Wykonawcy.

4. Faktury INTER CARS oraz MAN za zakup części zamiennych do pojazdów.

Przedstawione przez Komunalnik Sp. z o.o. faktury są normalnymi fakturami za zakup części w ogólnodostępnych sieciach sprzedaży. W naszej ocenie dowód jest niewiarygodny ze względu na:

- a. brak informacji o ewentualnych rabatach uzyskiwanych przez Komunalnik Sp. z o.o. z tytułu zakupu części w ww. sieciach sprzedaży – co oznacza, że jest on zobowiązanych do zapłaty takich samych cen jak inne podmioty ponadto Komunalnik sp. z o.o. nie wskazał wpływu na cenę ewentualnych rabatów;
- b. faktury z sieci INTER CARS nie wskazują do jakich pojazdów zostały zakupione części zamienne, możliwe jest, że zostały one zakupione do pojazdów, których Zamawiający nie wymaga w ramach realizacji zamówienia;
- c. przedstawione faktury nie potwierdzają w żaden sposób twierdzenia Wykonawcy, że „przyjął koszty serwisu na obecnym poziomie jaki ponosi w swojej działalności”, trudno bowiem zakładać, że całość kosztów serwisu sprzętu to 4 faktury.
- d. brak długoterminowej umowy łączącej go z dostawcą która potwierdzałaby, że uzyskuje on w tym zakresie niższe ceny niż pozostali potencjalni Wykonawcy.

5. Faktury ARPOL A. S. za usługi wulkanizacyjne.

Przedstawione faktury za usługi wulkanizacyjne potwierdzają jedynie, że Komunalnik Sp. z o.o. zlecił ww. usługi. Na ich podstawie niemożliwe jest stwierdzenie, że Komunalnik Sp. z o.o. korzysta z preferencyjnych stawek za ww. usługi. Dodatkowo, nie jest możliwe określenie jaki byłby wpływ ewentualnych preferencyjnych stawek na cenę. Komunalnik Sp. z o.o. nie podał bowiem w przesłanych Zamawiającemu wyjaśnieniach jaki udział w kosztach realizacji zamówienia będą miały usługi wulkanizacyjne. Brak długoterminowej umowy łączącej go z usługodawcą która potwierdzałaby, że uzyskuje on w tym zakresie niższe ceny niż pozostali potencjalni Wykonawcy.

6. Oferta z PRALNI FRANIA

Oferta ma charakter ogólny, a z jej treści nie wynika, że podana cena zostanie utrzymana w całym okresie realizacji zamówienia. Brak długoterminowej umowy łączącej go z usługodawcą która potwierdzałaby, że uzyskuje on w tym zakresie niższe ceny niż pozostali potencjalni Wykonawcy.

7. Cennik PKS Gorzów Wlkp., na mycie samochodów

Cennik ma charakter ogólny (Zarządzenie Prezesa Zarządu) skierowany do wszystkich podmiotów, co więcej cennik nie stanowi dowodu, że PKS Gorzów Wlkp., jest gotowy świadczyć na rzecz Spółki Komunalnik usługę mycia pojazdów do odbioru odpadów – nie przedstawiono żadnego jednoznacznego dokumentu (umowy, listu intencyjnego ani oferty skierowanej do Komunalnik Sp. z o.o.). Z przedstawionego cennika nie wynika też, że PKS Gorzów Wlkp. w ogóle świadczy usługi mycia pojazdów do odbioru odpadów.

8. Faktura za zakup paliwa ze stacji CircleK.

Faktura nie stanowi dowodu oszczędności związanej z zakupem paliwa do pojazdów odbierających odpady ze względu na:

- a. zgodnie z fakturą przedstawioną przez Wykonawcę nie przysługuje mu żaden rabat z tytułu nabycia paliwa na danej stacji, kupuje on paliwo po takiej samej cenie jak inne podmioty;
- b. przedstawiony dokument jest niekompletny, tj. w fakturze VAT nr 702200236 brakuje strony nr 2 i 4 (zawierającej podsumowanie jej wartości), natomiast w fakturze VAT nr 703004044 brakuje strony 2.
- c. brak długoterminowej umowy łączącej go z dostawcą która potwierdzałaby, że uzyskuje on w tym zakresie niższe ceny niż pozostali potencjalni Wykonawcy

Powyższe dowody zostały przedstawione przez Komunalnik Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r. Po analizie otrzymanego materiału Zamawiający jeszcze raz wezwał Wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień uzupełniających, które zostały mu przedstawione w dniu 25 marca 2022 r. W swoim ponownym wezwaniu Zamawiający nie odnosił się jednak do treści przedstawionych dowodów, ich nieadekwatności, a nawet niekompletności co budzi podejrzenie, że nie dołożył on należytej staranności przy ich weryfikacji i wstępnej ocenie.

W swoich wyjaśnieniach PHU Komunalnik Sp. z.o.o. nie odniósł się w sposób wystarczający do tego czego wymaga ustawodawca w art. 224 ust. 4, a więc nie przedstawił wyjaśnień w zakresie elementów, o których stanowi art. 224 ust 3 pkt 4 i 6. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: *(4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 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; (6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

Według art. 224 ust. 4 w przypadku usług wyjaśnienia muszą obligatoryjnie zawierać wyjaśnienia w zakresie powyższych punktów.

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 4 lutego 2022 r. (na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r.) Komunalnik Sp. z o.o poinformował, że do realizacji II i III części zadania przewiduje skierować 53 pracowników. Jako dowód przedstawił jedynie dwie kopie umów o pracę: z Panem G. D. (zawartą w dniu 01.06.2020 r.) oraz I. B. (zawartą w dniu 01.10.2020 r.). Z ich treści nie wynika, że osoby te otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę. W ocenie Odwołującego przedstawione dowody nie stanowią potwierdzenia, że ww. osoby są aktualnie zatrudnione przez Wykonawcę – umowa mogła zostać wypowiedziana (rozwiązana) zarówno z inicjatywy pracodawcy jak i pracownika (szczególnie, że pracownikowi w związku z przejściem zakładu pracy przez innego pracodawcę przysługiwało prawo do jej rozwiązania bez okresu wypowiedzenia). Wykonawca nie przedstawił zatem wiarygodnego dowodu ich zatrudnienia, ani dowodu opłacenia składek, który uprawdopodobniłby, że spełnia on wymogi art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp. Nie znajdujemy także w dokumentach potwierdzenia faktu odprowadzenia składek na ubezpieczenie społeczne czego wymaga ustawodawca w art. 224 ust. 6 Pzp. Dowodem na odprowadzenie składek do ZUS za pracownika jest deklaracja ZUSDRA z raportem imiennym RCA. Oznacza to, że Wykonawca nie wywiązał się z wymogu, o którym mowa w art. 224 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych co jest czynnością obligatoryjną, a Zamawiający nie dochował należytej staranności w weryfikacji przesłanych dokumentów.

W wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2022 r. Komunalnik Sp. z o.o. wskazał, że jako dowód załącza zanonimizowany wyciąg z listy płac, którego to Zamawiający nie wykazał jako załącznik do protokołu z postępowania i nie przekazał Odwołującemu na jego wniosek, co można interpretować jako naruszenie wynikające z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kolejnej istotnej kwestii (tj. obowiązku przyjęcia ewentualnych odebranych przez niego odpadów przez INNEKO Sp. z o.o.) podnoszonej przez Wykonawcę PHU Komunalnik wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przesłanych Zamawiającemu w dniu 4 lutego 2022 r. wskazujemy, że powinny one budzić uzasadnioną wątpliwość Zamawiającego.

W przesłanych wyjaśnieniach Komunalnik informuje, że:

Powyższe wyliczenie opiera się na zapewnieniu Inneko sp. z o.o. stanowiącym załącznik do niniejszych wyjaśnień. Ceny tam podane zawierają podatek od towarów i usług, są więc cenami brutto (zgodnie z ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług).

Zważywszy, że w wariantcie podstawowym Wykonawca przekazywałby (...) nie może być przy tym wątpliwości, że Inneko sp. z o.o. ma możliwość przyjęcia całego strumienia odpadów komunalnych wszystkich frakcji z terenu MG-6. Jest to oczywista konsekwencja złożonej przez tę spółkę oferty (i jej treści) na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Co więcej, jest to także oczywiste z uwagi na status właścicielski rzeczonyj spółki (jedynym

udziałowcem jest Miasto Gorzów Wlkp.), i fakt że zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym i ustawą o gospodarce komunalnej musi ona realizować zadania własne gminy (Miasta Gorzowa Wlkp.) w zakresie gospodarki odpadami. To jest przecież jej główny cel istnienia. Inneko sp. z o.o. nie może przy tym odmówić wykonawcy przyjęcia odpadów komunalnych w razie wyboru jego na wykonawcę przedmiotowej usługi. Takie działania stanowiłoby co najmniej czyn nieuczciwej konkurencji (w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), i byłoby działaniem na szkodę tej spółki.

Powyższe tezy postawione przez Wykonawcę w zakresie rzekomego obowiązku przyjmowania odpadów są nieprawdziwe:

1. Pismo z dnia 28 grudnia 2021 r. które INNEKO przesłało do Komunalnik Sp. z o.o. i które zawierało szacowane stawki nie nosiło znamion oferty. Oferta to oświadczenie woli zawarcia umowy. Propozycja zawarcia umowy musi mieć charakter stanowczy. Użycie w treści pisma m.in. słów „szacunkowy” czy zwrotu „zastrzegamy, że powyższe ceny mogą ulec zmianie w trakcie 36-miesięcznego okresu na który przewidziane jest zamówienie publiczne (...)” wskazuje, że treść pisma miała charakter jedynie informacyjny, tym bardziej że szacunkowe ceny dotyczyły także odpadów pochodzących z obszaru SGO5 (gminy Zwierzyń, Stare Kurowo, Dobiegniew, Strzelce Krajeńskie),
2. Ceny podane w piśmie były cenami netto, a nie brutto jako podnosi Komunalnik Sp. z o.o. Domniemanie, że INNEKO, będąc płatnikiem podatku od towarów i usług, będzie w powszechnym obrocie gospodarczym z innymi przedsiębiorcami posługiwał się cenami brutto jest całkowicie bezzasadne. Wszystkie dotychczasowe umowy pomiędzy INNEKO, a Komunalnik Sp. z o.o. zawierają ceny netto (m.in. umowa o wzajemnej współpracy pomiędzy uczestnikami Konsorcjum, umowa o odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych). Dodatkowo Komunalnik Sp. z o.o. w swoim zapytaniu mailowym z dnia 22 grudnia 2021 r. wskazał, że odpady dostarczane do INNEKO odbierane byłyby w ramach postępowania pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy”. Sformułowanie „szacowana cena” poza dotychczas stosowaną praktyką rozliczeń netto w okresie ponad 2-letniej współpracy pomiędzy INNEKO a Komunalnik Sp. z o.o. była również analogiczna do definicji ceny szacunkowej którą posługują się Zamawiający w relacjach z wykonawcami (art. 28 Pzp), a więc ceny netto.
3. W przesłanym przez INNEKO piśmie nie znajduje się zapewnienie, że INNEKO przyjmie od Spółki Komunalnik odpady odbierane przez niego z terenu MG-6. Twierdzenie, że INNEKO ze względu na strukturę udziałowców jest do tego zobowiązane jest błędne ze względu na ogłoszoną w sierpniu 2019 r. zmianę w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminie oraz w ustawie o odpadach. Zmiany te dotyczyły w szczególności:

- a. Zniesienie obowiązku budowy, utrzymania i eksploatacji RIPOK-ów, które bywały uznawane za regionalnych monopolistów (RIPOK oraz region jego działania były bowiem sztywno opisane w WPGO, co oznaczało, że jakakolwiek zmiana wiązała się z procedurą zmiany Planu) w ich miejsce wprowadzając do systemu gospodarki odpadami Instalacje Komunalne, które w danym regionie mogą funkcjonować w nieograniczonej liczbie (ich funkcjonowanie zależne jest jedynie od spełnienia określonych wymagań i wpisania na listę Instalacji Komunalnych prowadzonych przez Marszałka Województwa) – art. 1 ust. 2 lit. a Ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...);
- b. Zliberalizowanie zasady bliskości poprzez zniesienie tzw. regionalizacji. W związku z uchynieniem art. 20 ust. 7 – 11 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach zniesiony został zakaz przetwarzania oraz przywozu na obszar danego regionu gospodarki odpadami zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów (o ile pozostałości te są przeznaczone do składowania) oraz odpadów zielonych wytworzonych poza obszarem danego regionu. Oznacza, to, że odpady komunalne wytworzone np. w Warszawie mogą być zagospodarowywane w Gorzowie Wlkp. lub Szczecinie jeśli okaże się to korzystniejsze ekonomicznie – art. 6 ust. 5 Ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...).

Przeświadczenie Komunalnika Sp. z o.o. o tym, że INNEKO jest zobowiązane przyjmować odbierane przez niego odpady zostało podniesione także w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 25 marca 2022 r. Zamawiający – który jest przecież profesjonalistą w zakresie organizacji gospodarki odpadami i powinien znać obowiązujące przepisy prawne – nie kwestionuje twierdzeń Wykonawcy, co może oznaczać, że nie dołożył należytej staranności przy ich weryfikacji.

Należy pamiętać, że zagospodarowanie odpadów poza instalacją należącą do INNEKO generuje dla potencjalnego Wykonawcy dodatkowe koszty związane z organizacją punktu przeładunkowego oraz zapewnieniem transportu pomiędzy punktem przeładunkowym, a właściwą instalacją. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień przesłanym Wykonawcy w dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Komunalnik Sp. z o.o. do wyraźnego wskazania i szczegółowego opisanego założeń logistycznych, z wyszczególnieniem konkretnych stacji przeładunkowych. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Komunalnik Sp. z o.o.

w dniu 25 marca 2022 r. nie zawierają szczegółowych założeń logistycznych tj.:

- nie precyzują z ilu punktów przeładunkowych Wykonawca ma zamiar korzystać,

- nie precyzują jakie są koszty wynajmu/nabycia nieruchomości na której mógłby zostać zorganizowany punkt przeładunkowy,
- nie precyzują ilości i typu pojazdów, które miałyby wykorzystywane do transportu odpadów pomiędzy punktem przeładunkowym a właściwą instalacją,
- nie precyzują, ile dodatkowego sprzętu jest potrzebne do prawidłowego działania punktu przeładunkowego (ładowarki kołowe, wagi),
- nie precyzują ilu pracowników miałyby dodatkowo pracować przy realizacji zadania w związku z koniecznością organizacji punktu przeładunkowego oraz jakie byłoby ich potencjalne wynagrodzenie.

Wykonawca przedstawił jedynie (utajnione) zestawienie miejsc mogących przyjąć odpady i ceny za przyjęcie odpadów do zagospodarowania (poza INNEKO). Nie uprawdopodobnił jednak w żaden sposób, że wskazane przez niego instalacje faktycznie gotowe są przyjmować od niego odpady komunalne. W ocenie Odwołującego, Wykonawca, pomimo wezwania przez Zamawiającego, nie przedstawił wiarygodnej kalkulacji, że korzystanie z punktu przeładunkowego pozwoli mu na realizację zadania po zaoferowanej cenie. Fakt, że Zamawiający przyjął lakoniczne i nieprecyzyjne wyjaśnienia Wykonawcy niepoparte rzeczową kalkulacją może wskazywać, że nie dochował on należytej staranności przy ich weryfikacji i ocenie.

Zamawiający w odpowiedzi na wyjaśnienia Komunalnika Sp. z o.o. zamówił opracowanie pn. Analiza ofert cenowych wykonawcy w postępowaniu „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez ZCG MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych”, które zostało opracowane przez niezależny podmiot Biuro Inżynierskie IVW Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej niezależnym ekspertem). Zgodnie z opracowaniem szacowanie cen zostało wykonane w dwóch wariantach:

- niskim, bazującym na założeniach przedstawionych przez Wykonawcę PHU Komunalnik,
- realnym, uwzględniającym aktualne uwarunkowania rynkowe.

Podsumowanie wyników opracowanej analizy zaprezentowano w tabeli poniżej:

Tabela nr 10. Zestawienie cen jednostkowych brutto wg raportu niezależnego eksperta oraz oferty PHU Komunalnik [zł/Mg brutto]

Wyszczególnienie	Wariant niski	Wariant realny	Oferta Komunalnik
Sektor I	883,57	941,54	732,24
Sektor II	662,78	703,11	689,04
Sektor III	674,55	712,35	689,04

Na podstawie opracowanego raportu stwierdzono, że ceny zaoferowane przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. w II i III części zamówienia nie są niższe niż wynikałoby to z opracowania (w przypadku wariantu niskiego). Powyższe wyliczenia obarczone są jednak błędem rachunkowym związanym z prawdopodobnie omyłkowym zaniżeniem (w II i III części zamówienia) kosztów zagospodarowania odpadów. W swoim opracowaniu niezależny ekspert przyjął jako podstawę obliczenia kosztu zagospodarowania odpadów ceny podane Wykonawcy przez INNEKO w piśmie z dnia 28 grudnia 2021 r. oraz ilość odpadów przedstawioną przez Zamawiającego w OPZ. Z niezrozumiałych dla Odwołującego przyczyn kwota wskazana w podsumowaniu raportu znacznie różni się od iloczynów ww. wielkości.

Szczegółowe wyjaśnienie błędu stanowi załącznik do niniejszego odwołania. W tabeli poniżej zaprezentowano porównanie skorygowanych cen jednostkowych wynikających z raportu (dla wariantu niskiego) oraz cen przedstawionych w ofercie Wykonawcy.

Tabela nr 10. Zestawienie skorygowanych cen jednostkowych brutto wg raportu niezależnego eksperta oraz oferty PHU Komunalnik [zł/Mg brutto]

Wyszczególnienie	Wariant niski	Oferta Komunalnik	Różnica	Odchylenie
Sektor I	805,51	732,24	- 73,27	-10,01%
Sektor II	754,65	689,04	- 65,61	-9,52%
Sektor III	736,24	689,04	- 47,20	-6,85%

w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w specyfikacji, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania specyfikacji, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z 31.03.2016 r., sygn. akt KIO 396/16 oraz wyrok KIO z 6.09.2016 r., sygn. akt KIO 1565/16).

W zakresie naruszenia art. 16 pkt.1 ustawy Pzp

Zamawiający swoim działaniem naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty PHU Komunalnik jawi się jako złamanie jednej z naczelných zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. „Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.” (Wyrok KIO sygn.3555/21). Pomimo że oferta była niezgodna z warunkami zamówienia w aspekcie baz magazynowo transportowych Zamawiający oferty nie odrzucił czym naruszył a m.in. art. 16 ustawy pzp. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób

dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w SWZ. Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami – w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 (obecnie art. 16) ustawy (Wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Z całą stanowczością trzeba podkreślić, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. sygn. akt V Ca 592/05). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, albowiem w sposób dowolny, pozbawiony podstaw prawnych, dokonał wyboru oferty PHU Komunalnik, zamiast ją odrzucić.

W zakresie naruszenia art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp

Zamawiający pierwsze wezwanie w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosował do wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. dnia 24.01.2022 r. Wykonawca w odpowiedzi wystosował pismo datowane na dzień 04.02.2022 r.

Niniejsze wyjaśnienie Zamawiający uznał za niewystarczające i dnia 22.03.2022 r. wystosował wniosek o złożenie dodatkowych wyjaśnień oraz nowych dowodów w postaci dokumentów w oparciu o które wykonawca wskazywał:

- koszty pracowników,
- ewentualne oszczędności skorzystania z systemu RFID,
- informacje na temat możliwości finansowania nowych pojazdów,
- szczegółowych założeń logistycznych związanych z transportem odpadów do instalacji nienależącej do INNEKO Sp. o.o.

W związku z powyższym wykonawca nie dochował należytej staranności przy wyjaśnianiu rażąco niskiej ceny, a Zamawiający żądając ponownie nowych dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niską, naruszył art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp. Ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, w stosunku do którego zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające. Wykonawca winien zatem odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w sposób pełny i wyczerpujący, kompleksowo odnosząc się do zaoferowanej ceny i szczegółowo wyjaśniając przyczyny, z których wynika poziom cenowy przez niego zaoferowany (wyrok KIO 110/20 – aktualny także w aktualnym stanie prawnym, a także wyrok KIO 2249/21 i wyrok KIO 1679/21.). W szczególności wyjaśnienia winny zawierać opis składników cenotwórczych, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować prawidłowość poczynionych przez wykonawcę założeń cenowych. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie mogą stanowić „kalkulacji wstępnej” (wyrok KIO 2765/15 – aktualny także w aktualnym stanie prawnym). Wyjaśnienia muszą być wiarygodne, rzetelne, a jednocześnie stanowcze i przekonujące, że cena podana w ofercie

jest skalkulowana na konkretnych, wymiernych, przeanalizowanych i pewnych danych (wyrok KIO 2765/15 – aktualny także w aktualnym stanie prawnym). Co więcej, w aktualnym stanie prawnym, 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. Przepis art. 224 ust. 6 Pzp znacząco odmiennie zatem reguluje kwestię odrzucenia oferty niż obowiązujący w poprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3 Pzp 2004, który nakazywał odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W poprzednim stanie prawnym zamawiający był zatem zobowiązany do odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku poczynienia ścisłych ustaleń, że zaoferowana cena lub koszt jest rażąco niska. Aktualnie zamawiający jest natomiast zobowiązany do odrzucenia oferty już w przypadku stwierdzenia, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają podanej ceny lub kosztu, tj. w przypadku, gdy zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie jest w stanie uznać zaoferowanej przez wykonawcę ceny za uzasadnioną. Tym samym nowelizacja wzmocniła znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych, podkreślając przy tym ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddana w wątpliwość (KIO 2031/21.)

Sygn. akt: KIO 1016/22

Odwołujący EKO-MYŚL zarzucił Zamawiającemu, że czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Komunalnik w zakresie części I została dokonana (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

(...)

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z 224 ust. 1 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komunalnik podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komunalnik podczas gdy wykonawca ten oświadczył, iż zamierza zagospodarowywać odpady o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie (55-140, przy ul. Kościuszki 9 NIP: 9150010401) podczas gdy wskazany podmiot nie prowadzi instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

2.3. art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty Komunalnik w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku

udziału w postępowaniu opisanego w pkt. III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale VIII pkt. 1.3) lit. a) tiret trzeci SWZ;

2.4. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Komunalnik do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale VIII pkt. 1.3) lit. a) tiret trzeci SWZ z uwagi na fakt, że doświadczenie przedstawione przez wykonawcę Komunalnik w poz. 1 Wykazu usług i pojazdów nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę tego warunku udziału;

2.5. art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez błędną ocenę oferty Komunalnik w kryterium oceny ofert rozdział XIX pkt. 5) Kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 % poprzez przyznanie wykonawcy Komunalnik maksymalnej liczby punktów (20 pkt) w tym kryterium w związku z oświadczeniem wykonawcy, że zrealizuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z wykorzystaniem 4 dodatkowych pojazdów spełniających normę EURO 6, względem ilości minimalnej wynikającej z Rozdziału VII ust. 22 OPZ, podczas gdy wykonawca Komunalnik nie posiada ww. pojazdów na dzień złożenia oferty. Odwołujący w związku z powyżej wskazanymi zarzutami wniosł:

(...)

3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3.3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 1 kwietnia 2022 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Komunalnik;

3.4. nakazanie Zamawiającemu:

3.4.1. odrzucenia oferty Komunalnik jako oferty zawierającej rażąco niską ceną,

3.4.2. odrzuceniu oferty Komunalnik jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ,

a w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z powyższych zarzutów

3.4.3. nakazaniu wezwania Komunalnik do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu opisanych w rozdziale VIII pkt. 1.3) lit. a) tiret trzeci SWZ,

3.4.4. dokonanie oceny oferty Komunalnik zgodnie z kryteriami oceny oferty opisanymi w rozdziale XIX SWZ z pominięciem deklaracji wykonawcy dotyczącej wykorzystania 4 pojazdów spełniających normę EURO 6,

3.5. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,

3.6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wnoszący odwołanie wskazał, że (...) *Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert – w zakresie dotyczącym Części I zamówienia (odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora I). Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Komunalnik, co spowodowało, że w Postępowaniu została wybrana oferta, która powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę i która nie gwarantuje należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a dodatkowo Komunalnik nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem oraz zrealizowania zakładanego zysku. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania”.*

W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał w szczególności:

(...)

2. **Zarzut rażąco niskiej ceny**

2.1 Wykonawca Komunalnik zaoferował za wykonanie I Części zamówienia (Sektor I):

1) w okresie podstawowym, przy uwzględnieniu maksymalnej łącznej wielkości strumienia odpadów w okresie 36 miesięcy realizacji usług odbioru transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych (53 839,580 Mg) za kwotę 36.503.235,24 złotych netto, powiększoną o wartość podatku VAT w wysokości 8%, tj. za kwotę 39.423.494,06 złotych brutto;

2) w okresie objętym prawem opcji, przy uwzględnieniu maksymalnej łącznej wielkości strumienia odpadów w okresie dodatkowych 12 miesięcy realizacji usług odbioru transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w ramach prawa opcji (21 535,832Mg) za kwotę 14.601.294,10 złotych netto, powiększoną o wartość podatku VAT w wysokości 8%, tj. za kwotę 15.769.397,62 złotych brutto.

2.2 Wysokość zaoferowanej przez wykonawcę Komunalnik ceny wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, który wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.

2.3 Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło w szczególności to, że:

- a) cena wykonawcy odbiega od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o ponad 14%, podczas gdy wykonawca Komunalnik jako jedyny z wykonawców, którzy złożyli oferty nie prowadzi własnej instalacji do przetwarzania odpadów i korzysta wyłącznie z instalacji podmiotów trzecich, które znajdują się z znacznej odległości od miejsca wykonywania usługi (od 160 do 500 km) – co znacząco wpływa na koszty wykonania zamówienia, z uwagi na koszty transportu/paliwa;
- b) w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego w sierpniu 2021 r. (postępowanie zostało unieważnione) wykonawca Komunalnik zaoferował dla Sektora 1 cenę prawie 15% wyższą niż obecnie – 845.64 zł brutto za tonę odpadów (w niniejszym postępowaniu 732,24 zł brutto).

2.4 W związku z powyższym Zamawiający oczekiwał od wykonawcy Komunalnik przedstawienia szczegółowych wyjaśnień – zakres wymagań Zamawiającego opisany szczegółowo w wezwaniu – z uwzględnieniem zarówno kosztów wykonania zamówienia w zakresie podstawowym (36 miesięcy) jak i w okresie prawa opcji (dodatkowe 12 miesięcy).

Dowód: Wezwanie Zamawiającego z 24 stycznia 2022 r. oraz dodatkowe wezwanie z 22 marca 2022 r. - w aktach Postępowania).

2.5 Wykonawca Komunalnik, przedstawił wyjaśnienia odpowiednio: 4 lutego 2022 r. (w odpowiedzi na wezwanie z 24 stycznia 2022 r.) oraz uzupełnił wyjaśnienia pismem z 25 marca 2022 r. (w odpowiedzi na wezwanie z 22 marca 2022 r.).

2.6 Wyjaśnienia wykonawcy Komunalnik, co do sposobu kalkulacji oraz dowodów zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak na podstawie ujawnionych przez Zamawiającego części wyjaśnień oraz dokumentów sporządzonych przez samego Zamawiającego, można wnioskować, że cena zaoferowana przez wykonawcę Komunalnik jest ceną rażąco niską i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia bez poniesienia straty.

2.7 Po pierwsze, jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający, w celu oceny wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Komunalnik zlecił przygotowania opinii eksperckiej (opinii biegłego) pt. Opinia Eksperta - Analiza ofert cenowych Wykonawcy w postępowaniu: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych” przygotowanej przez Biuro Inżynierskie IVW Polska Sp. z o.o. (marzec 2022) („Opinia”).

Dowód: Opinia Eksperta (w aktach Postępowania).

2.8 Ekspert przedstawia w Opinii oraz w załącznikach do niej analizę danych oraz wyjaśnień wykonawcy Komunalnik dotyczących sposobu kalkulacji ceny, prezentując dane bezpośrednio w Opinii oraz w załącznikach tzw. MG6_MC_scenariusz niski – który dotyczy analizy kosztów wykonania przedstawionych przez Komunalnik z ceną 39 423 494,06 zł brutto (część podstawowa) oraz załącznik MG6_MC_scenariusz realny, który obrazuje rzeczywiste koszty wykonania zamówienia (założone przez Eksperta).

Dowód: Załączniki do Opinii Eksperta - MG6_MC_scenariusz niski.pdf oraz MG6_MC_scenariusz realny.pdf (w aktach Postępowania).

2.9 Po przeanalizowaniu ofert złożonych w Postępowaniu wyjaśnień wykonawcy Komunalnik oraz pozostałych dokumentów (pkt. 3 Analizowane materiały) ekspert sformułował w Opinii następujące wnioski (str. 23-24 Opinii Eksperta):

- 1) oferta złożona przez PHU Komunalnik w części 1 postępowania (...) jest obciążona wadą rażąco niskiej ceny;
- 2) oferta ta nie gwarantuje w ocenie Konsultanta prawidłowego wykonania usługi stanowiącej przedmiot postępowania w Sektorze I;
- 3) wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Komunalnik nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w Części 1 za zaoferowaną cenę, ponieważ wykonawca zaoferował zaniżone wartości składników cenotwórczych, w szczególności:
 - a) ceny przetwarzania odpadów komunalnych w instalacji Inneko, oferowane przez tę instalację w kwotach netto pokazane zostały jako ceny brutto, co spowodowało zniżenie kosztów o 6,1 mln zł (zgodnie z wyjaśnieniami dot. sposobu kalkulacji ceny Komunalnik zamierza skierować do tej instalacji praktycznie cały strumień odpadów odbieranych w Sektorze I tj. z Części 1 zamówienia);
 - b) stawki wynagrodzeń pracowników mają charakter nierynkowy i nie uwzględniają indeksacji wskaźnika wzrostu wynagrodzeń, co wynika z obecnych trendów ekonomicznych – co znajduje również potwierdzenie w obecnym poziomie inflacji oraz presji na wzrost wynagrodzeń;
 - c) wykonawca Komunalnik wskazał nierealne na dzień składania ofert ceny zakupu paliwa, wynoszące od 4,50 zł/l do 4,72 zł/l (netto), przy czym na dzień składania wyjaśnień (4 lutego 2022 r.) cena hurtowa paliwa ekodiesel (PKN Orlen) wynosiła 4,966 zł netto (6,14 zł brutto) – wyjaśnienia wykonawcy są tym bardziej niewiarygodne przy obecnym trendzie wzrostowym cen paliw;
 - d) Ekspert wskazał również na zastrzeżenia dotyczące baz magazynowo-transportowych, z których zamierza korzystać wykonawca Komunalnik dotyczące rzeczywistych powierzchni tych baz oraz możliwości parkowania pojazdów w liczbie wymaganej dla realizacji zamówienia oraz zalecił Zamawiającemu weryfikację powyższych zastrzeżeń.

2.10 W konsekwencji, ekspert – po przeanalizowaniu całokształtu informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Komunalnik, a więc również informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie zostały udostępnione Odwołującemu, potwierdził, że cena oferty Komunalnik dla Części 1 zamówienia (Sektor 1) jest rażąco niska i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia. Pomimo to, Zamawiający nie odrzucił jednak oferty wykonawcy Komunalnik.

2.11 Co więcej, pomimo wyraźnego wezwania do przedstawienia kosztów wykonania zamówienia zarówno obejmującego okres podstawowy (36 miesięcy) jak i prawo opcji (12 miesięcy) wykonawca Komunalnik nie udzielił szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie.

2.12 Poza analizą i wnioskami sformułowanymi w Opinii Eksperta za uznaniem oferty Komunalnik dla Części 1 zamówienia za rażąco niską i niepozwalającą na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty przemawiają następujące argumenty.

2.13 Po pierwsze, jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca Komunalnik przewidział dla obsługi Sektora I 9 pojazdów (30 pojazdów, które wykonawca zamierza wykorzystać - 21 na pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi w sektorze II i III – co istotne, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca nie może wykorzystywać tych samych pojazdów do realizacji usług w różnych sektorach) (wyjaśnienia Komunalnik ws. sposobu kalkulacji ceny – str. 5-7 wyjaśnień wykonawcy Komunalnik). Liczba pojazdów (a w konsekwencji koszty realizacji zamówienia) założona przez wykonawcę Komunalnik do realizacji zamówienia jest zbyt niska, aby pozwalała na prawidłowe wykonanie zamówienia – powyższe obrazuje analiza Odwołującego przedstawiona w Załączniku nr 5 do odwołania – RNC – analiza dotycząca liczby pojazdów i kosztów realizacji zamówienia.

2.14 Jak wynika z załączonej analizy, średnia dzienna ilość pojazdów potrzebna dla obsługi Sektora I wynosi co najmniej 11 pojazdów (a nie 9 pojazdów jak twierdzi Komunalnik).

2.15 Jednocześnie, Odwołujący przygotowując analizę przyjął założenie korzystne dla wykonawcy Komunalnik: np.:

- a) zaokrąglenia związane z częstotliwością odbiorów w ciągu miesiąca działały na korzyść Wykonawcy (założenia 28 dni, a nie 30 lub 31);
- b) obsługa odpadów zmieszanych i bio odbywała się jednocześnie dla odpadów jednorodzinnych i wielorodzinnych, co również działa na korzyść wykonawcy, ponieważ wielorodzinne wymagają częstszych odbiorów;
- c) do opracowania nie został wliczony pojazd typu HDS oraz myjko-smieciarka, które są dodatkowym źródłem kosztów lub opóźniają prace (mycie i zbieranie).

2.16 Analiza zaprezentowana w Załączniku 5 do odwołania prowadzi zatem do wniosku, że rzeczywista liczba pojazdów wymagana do realizacji zamówienia dla Części 1 wyniosłaby 11. W konsekwencji, wyjaśnienia Komunalnik (str. 5 wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej

ceny) zaprezentowane dla 9 pojazdów przeznaczonych do obsługi Sektor I powoduje, że koszty realizacji zamówienia są nieadekwatne do rzeczywistych kosztów, które wykonawca będzie ponosił w celu prawidłowej realizacji zamówienia.

Dowód: RNC – analiza dotycząca liczby pojazdów i kosztów realizacji zamówienia (Załącznik nr 5 do odwołania).

2.17 Dodatkowo, w Załączniku nr 6 do odwołania – RNC – analiza kosztów związanych z realizacją zamówienia, Odwołujący zaprezentował analizę własną kosztów, przy czym analiza została sporządzona na podstawie danych i informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Komunalnik, kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji spółki Inneko (Gorzów Wielkopolski) oraz kosztów poszczególnych składników cenotwórczych opisanych w Opinii Eksperta.

2.18 Z ww. analizy wynika, że koszty wykonania zamówienia, przyjmując dane samego wykonawcy Komunalnik, powinny kształtować się na poziomie 37 324 954,17 zł netto podczas gdy cena oferty wykonawcy Komunalnik to 36 503 235,24 zł netto.

Dowód: RNC – analiza kosztów wykonawcy zamówienia (Załącznik nr 6 do odwołania).

2.19 Dodatkowo, Odwołujący zwraca uwagę, że składniki cenotwórcze wymienione przez wykonawcę Komunalnik – oraz w analizie przedstawionej w Załączniku nr 6 – będą jeszcze wyższe, ponieważ powinny obejmować dodatkowo koszty administracyjne wykonawcy, koszty funkcjonowania bazy magazynowo- transportowej, ewentualnie koszty dzierżawy/ najmu, oklejanie pojemników, mycie pojazdów, odzież pracowników, ryzyka związane z wykonaniem zamówienia.

3. Zarzut niezgodności oferty komunalnik z swz

3.1 Zgodnie z SWZ rozdział IV Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 1 obowiązki wykonawcy obejmują m.in.:

1) odbieranie odpadów komunalnych (...)

a) transport i przekazanie odebranych odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1 (zwanych dalej łącznie „odpadami komunalnymi”) do miejsca / miejsc zbierania (zagospodarowania) odpadów komunalnych, zapewnionego / zapewnionych przez Wykonawcę i wskazanego / wskazanych w ofercie,

2) zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych w miejscu / miejscach zbierania (zagospodarowania) odpadów komunalnych, zapewnionego / zapewnionych przez Wykonawcę i wskazanego / wskazanych w ofercie,

3.2 Jednocześnie, wykonawcy byli zobowiązani wskazać w ofercie instalacje, w których będą zagospodarowane odpady.

3.3 Zgodnie z formularzem oferty wykonawcy Komunalnik wykonawca ten oświadczył, iż zamierza zagospodarowywać odpady o kodzie 15 01 02 (odpady z tworzyw sztucznych) oraz

15 01 06 (mieszane odpady opakowaniowe) w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie (55-140, przy ul. Kościuszki 9 NIP: 9150010401).

3.4 Zgodnie z informacjami zawartymi w BDO (Baza Danych Odpadowych) firma PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie nie prowadzi instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych ani też nie posiada zezwolenie na zagospodarowanie odpadów. Z tego względu, ofertę wykonawcy Komunalnik należy uznać za niezgodną z SWZ, ponieważ zamierza on „zagospodarowywać” odpady komunalne z wykorzystaniem podmiotów (tutaj: PPHU L.-MET S. L.), które nie prowadzą instalacji do przetwarzania odpadów ani też nie posiadają stosownego zezwolenia na zagospodarowanie odpadów.

4. Zarzut niespełniania warunku udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania do wykazania spełniania warunku

4.1 Zgodnie z SWZ, rozdziałem VIII pkt. 1.3) lit a) SWZ (z uwzględnieniem zmiany SWZ dokonanej 23 grudnia 2021 r.) Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę spełniania następujących warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje co najmniej:

(...)

Dowód: SWZ (w aktach Postępowania); Odpowiedzi na pytania i zmiany SWZ – pismo z 23 grudnia 2021 r. (w aktach Postępowania).

4.2 Zgodnie z treścią warunku udziału, wykonawca, który złożył ofertę na trzy części zamówienia (tak jak wykonawca Komunalnik) musiał wykazać, że:

- 1) w okresie ostatnich trzech (3 lat) przed upływem terminu składania ofert (a więc w okresie przypadających pomiędzy 14 stycznia 2019 r. do 14 stycznia 2022 r.)
- 2) wykonawca wykonał maksymalnie dwie usługi, każdą na rzecz jednego podmiotu (bez względu na liczbę zawartych umów) polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnym,
- 3) usługa miała charakter ciągły (usługa kompleksowa) i trwała nieprzerwanie przez 12 miesięcy,
- 4) wartość brutto usługi wynosiła łącznie co najmniej 12 milionów złotych w ciągu 12 miesięcy.

4.3 Zgodnie z Wykazem usług i sprzętu (załącznik nr 4 z 29 marca 2022 r.) w celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu wykonawca Komunalnik przedstawił dwie usługi:

- 1) usługa polegająca na Odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych świadczona na rzecz Gminy (Miasta) Wałbrzych, na podstawie 4 umów. Zgodnie z opisem

przedstawionym w wierszu: Wartość usługi brutto wraz z ewentualnym wyszczególnieniem wartości brutto w okresie 12 miesięcy oraz wskazaniem tego okresu: W okresie od 01.11.2018 do 31.10.2019 r. – 11.702.276,03 zł brutto

- b) usługa polegająca na Odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych świadczona na rzecz Gminy Jedlina Zdrój w ramach 1 umowy. Zgodnie z opisem przedstawionym w wierszu: Wartość usługi brutto wraz z ewentualnym wyszczególnieniem wartości brutto w okresie 12 miesięcy oraz wskazaniem tego okresu: W okresie od 01.11.2018 do 31.10.2019 r. – 671.976,00 zł brutto

Dowód: Wykaz usług i sprzętu z 29 marca 2022 r. (w aktach Postępowania).

4.4 Odnosząc powyższe doświadczenie wykonawcy Komunalnik do treści warunku udziału w Postępowaniu należy zauważyć, iż wykonawca nie wykazał, że ten warunek spełnia.

4.5 Należy przypomnieć, że zgodnie z treścią warunku, Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca zrealizował usługę lub maksymalnie dwie usługi o konkretnych parametrach: tj. usługa miała polegać na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu trwające nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy oraz o wartości łącznie 12 000 000 zł brutto w okresie 12 miesięcy, a powyższe parametry powinny zostać spełnione w okresie ostatnich 3 lat (a więc w okresie przypadających pomiędzy 14 stycznia 2019 r. do 14 stycznia 2022 r.).

4.6 Po pierwsze, zgodnie z opisem zawartym w Wykazie usług i sprzętu usługi wykazane przez wykonawcę Komunalnik zostały wykonane w okresie przypadających od 01.11.2018, a tym samym wskazany okres wykonania usług nie przypada w wymaganym przez Zamawiającego okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert (tj. okresie pomiędzy 14 stycznia 2019 r. do 14 stycznia 2022 r.).

4.7 Po drugie, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy w ramach postępowania prowadzonego przez Gminę (Miasto) Wałbrzych usługi wykonawcy: nie miały charakteru usługi kompleksowej i nie polegały na ciągłym odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów – co jest wymagane w ramach warunku udziału w Postępowaniu.

4.8 Zgodnie z § 2 wzoru umowy wykonawca miał świadczyć usługę:

a) odbioru i zagospodarowania odpadów od w terminie od dnia zawarcia umowy do dnia 30.06.2017 r.

b) odbierania odpadów – w terminie od dnia 01.01.2018 r. do 30.06.2019 r.

Dowód: Wyciąg we wzoru umowy – Gmina (Miasto) Wałbrzych (Załącznik nr 7 od odwołania).

4.9 Termin wykonania usług wynikający ze wzoru umowy pokrywa się zatem z terminami zawarcia i obowiązywania wskazanych przez wykonawcę Komunalnik umów:

Umowy zawarte w dniu 06.10.2016 r. na czas określony tj. od 01.11.2016 – 30.06.2019 r. Sektor I - UM/BIN/I/14212/59/1258- W/2016; Sektor II – UM/BIN/I/14212/60/1258-W/2016;

4.10 Jak wynika jednak ze wzoru umowy, usługa świadczona w okresie referencyjnym wskazanym przez wykonawcę Komunalnik w Wykazie usług i sprzętu (tj. w okresie od 01.11.2018 do 30.06.2019) nie polegała na „odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów” (jak wymaga tego warunek udziału w Postępowaniu), a wyłącznie na odbiorze odpadów.

4.11 W konsekwencji należy zatem uznać, że Zamawiający naruszył przepis art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, ponieważ usługi wskazane przez wykonawcę Komunalnik nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII pkt. 1.3) lit a) tiret 3 SWZ (w brzmieniu uwzględniającym zmianę z 21 grudnia 2021 r.) ponieważ:

- a) usługa o wymaganej wartości (12 mln zł w okresie 12 miesięcy) nie była świadczona/ wykonana w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert;
- b) usługa wykonana na rzecz Gminy (Miasta) Wałbrzych nie była usługą kompleksową polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, ale w okresie referencyjnym wskazanym przez wykonawcę Komunalnik polegała wyłącznie na odbiorze odpadów.

4.12 W dalszej kolejności Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, ponieważ wobec niewykazania przez wykonawcę Komunalnik spełniania warunku udziału w Postępowaniu winien był wezwać tego wykonawcę, na podstawie art. 128 ust. 1 PZP, do uzupełnienia dokumentów – podmiotowych środków dowodowych - potwierdzających spełniania warunku.

5. Zarzut dotyczący kryterium oceny ofert

5.1 Zgodnie z rozdziałem XIX SWZ Kryteria oceny ofert jedno z kryteriów pozacenowych, o wadze 20% stanowi opisane w pkt. 5) Kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 %.

5.2 Zgodnie z tym kryterium Zamawiający premiował posiadanie i wykorzystanie w toku realizacji zamówienia pojazdów (opisanych w kryterium) ponad minimalne warunki udziału opisane w rozdziale VIII SWZ (tj. trzy pojazdy z rodzajów pojazdów, wymienionych w lit. a) podpunkt i-iii, które muszą spełniać poziom emisji spalin co najmniej EURO 6 (w przypadku składania oferty na trzy części zamówienia).

5.3 Zamawiający przyznawał punkty za spełnienie kryterium „środowiskowe (E) norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia (pojazdy, które spełniają poziom emisji spalin EURO 6)” za posiadanie większej ilości pojazdów spełniających poziom emisji spalin EURO 6, względem ilości minimalnej, nie większej jednak niż 4 dodatkowych pojazdów (na daną część zamówienia).

5.4 Jak wynika z treści formularza ofertowego wykonawcy Komunalnik, zadeklarował on posiadanie 4 dodatkowych pojazdów, ponad warunek minimalny wymagany w SWZ, a w

konsekwencji podczas oceny ofert oferta wykonawcy dla Części 1 otrzymała 20 pkt w tym kryterium (5 pkt za każdy pojazd).

5.5 Jednocześnie, z treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wynika, że wykonawca Komunalnik nie posiada tych pojazdów, ale dopiero zamierza je nabyć:

Dowód: Wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny wraz z dowodami - oferty z portalu otomoto.pl dotyczące pojazdów spełniających normę spalania EURO 6 lub równoważne (w aktach Postępowania).

5.6 Przypomnienia wymaga, że zgodnie z opisem kryterium oceny ofert Zamawiający wymagał i premiował „posiadania większej ilości pojazdów spełniających poziom emisji spalin EURO 6”, a nie wyłącznie zamiar nabycia takich pojazdów. W taki sposób kryterium oceny musiał rozumieć również wykonawca Komunalnik, który w JEDZ (str. 26) oświadczył, że:

Dodatkowo wykonawca zaznacza, że pojazdy Euro 6 zostały wykazane w liczbie koniecznej dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, niemniej jednak już w tym miejscu zaznacza, że dysponuje 15 pojazdami EURO 6 wskazanymi w złożonym formularzu ofertowym, które będą oceniane w ramach kryterium oceny ofert.

5.7 Wyłącznie taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu pozwala na zapewnienie zgodności z art. 240 ust. 2 PZP, zgodnie z którym: Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

5.8 Interpretacja kryterium oceny jako wyłącznie deklaracja nabycia pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 kłóciłaby się również z sensem kryterium oceny, rozumianej jako premiowanie dodatkowych zdolności/ potencjału wykonawcy i opierałaby się wyłącznie na nieweryfikowalnej deklaracji wykonawcy co do zamiaru nabycia/ pozyskania premiowanego potencjału.

5.9 W konsekwencji, z uwagi na to, że wykonawca Komunalnik nie dysponował dodatkowymi pojazdami premiowanymi w ramach kryterium oceny ofert, jego oferta w kryterium „Kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 %” powinna otrzymać 0 punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: **KIO 992/22 i KIO 1016/22** przystąpienie zgłosił wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wnosząc o oddalenie odwołań.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 kwietnia 2022 r. oświadczył że (...) uwzględnia w całości zarzuty Odwołującego Inneko sp. z o.o., podniesione w odwołaniu z dnia 11 kwietnia 2022 r. Powodem dla którego, pomimo wyraźnego uwzględnienia przez Zamawiającego całości odwołania wniesionego przez Odwołującego, nie podejmuje on od razu czynności unieważnienia czynności wyboru ofert PHU Komunalnik – sp. z o.o., jest antycypowane wniesienie przez ten podmiot sprzeciwu wobec niniejszej czynności Zamawiającego (uwzględnienie odwołania w całości), na podstawie art. 523 p.z.p. Jeżeli do takiej czynności dojdzie (złożenie sprzeciwu), zasadnym będzie podjęcie przez Zamawiającego właściwych czynności dopiero po wydaniu rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą”.

Zamawiający także w piśmie z dnia 22 kwietnia 2022 r. oświadczył, że (...) uwzględnia w całości zarzuty Odwołującego, Konsorcjum firm: 1) „EKO-MYŚL” sp. z o.o. z siedzibą w Dalsze oraz 2) Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwane dalej „Konsorcjum”), podniesione w odwołaniu z dnia 11 kwietnia 2022 r. Powodem dla którego, pomimo wyraźnego uwzględnienia przez Zamawiającego całości odwołania wniesionego przez Odwołującego, nie podejmuje on od razu czynności unieważnienia czynności wyboru oferty PHU Komunalnik – sp. z o.o., jest antycypowane wniesienie przez ten podmiot sprzeciwu wobec niniejszej czynności Zamawiającego (uwzględnienie odwołania w całości), na podstawie art. 523 p.z.p. Jeżeli do takiej czynności dojdzie (złożenie sprzeciwu), zasadnym będzie podjęcie przez Zamawiającego właściwych czynności dopiero po wydaniu rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą”.

Zgłaszający przystąpienie wykonawca PHU Komunalnik sp. z o. o. w dniu 22 kwietnia 2022 r. wezwany także w dniu 22 kwietnia 2022 r. przez Prezesa KIO do zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów w odwołaniach o sygn. akt: KIO 992/22 i KIO 1016/22 oświadczył, że wnosi sprzeciw w zakresie tych decyzji.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2022 r. w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 992/22 i w piśmie z dnia 26 kwietnia 2022 r. w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 wniósł o ich oddalenie i wskazał na następujące okoliczności wspólne w zakresie tych odwołań:

(...)

II. Kontekst sytuacyjny

Przystępujący od 1 kwietnia 2020 r. jest wykonawcą usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wraz z świadczeniami towarzyszącymi (m.in. zapewnieniem

pojemników i worków właścicielom nieruchomości) – usługi kompleksowej z całego terenu Związku Celowego Gmin MG-6. Przystępujący świadczy tę usługę w konsorcjum, w którego skład wchodzi też odwołujący. Konsorcjum przystępującego i odwołującego w postępowaniu przetargowym, którego efektem było zawarcie aktualnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, opierało się w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia w realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych – na tej samej usłudze, na którą w przedmiotowym postępowaniu powołuje się przystępujący. Wtedy zarówno odwołujący, jak i zamawiający nie mieli wątpliwości, że referencje przedstawione przez przystępującego są prawdziwe i potwierdzają spełnienie warunku udziału w tamtym postępowaniu. Co więcej, spełnienie tego warunku udziału w tamtym (poprzednim) postępowaniu było przedmiotem oceny KIO. KIO oddaliło wówczas odwołanie ówczesnego konkurenta przystępującego (wyrok z 25 lutego 2020 r., sygn. 258/20, 259/20 i 260/20). Warunki realizacyjne poprzedniej (obecnie nadal wykonywanej) usługi są niemalże tożsame z tymi jakie przewidział zamawiający w aktualnym zamówieniu. W sektorze II (tożsamym z sektorem II objętym częścią 2 niniejszego postępowania, której dotyczy niniejsze odwołanie) przystępujący odbiera odpady komunalne samodzielnie. Przystępujący ponadto odbiera samodzielnie odpady z trzech gmin spośród łącznie pięciu wchodzący w skład sektora I (tożsamego z sektorem I objętym 1 częścią niniejszego odwołania). W pozostałych dwóch gminach (z pięciu) odbiór odpadów komunalnych realizuje Pan W. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALBAR - Wywóz nieczystości W. L.” na podstawie umowy podwykonawczej zwartej z przystępującym. Odbiór odpadów z tych dwóch sektorów realizowany jest średniodziennie 17 pojazdami.

Dowód: 1) umowa między zamawiającym a przystępującym nr DK.272.1.2020; DK.272.2.2020; DK.272.3.2020, 2) umowa podwykonawcza między przystępującym a W. L. z dnia 30.03.2020 r., 3) protokół z negocjacji z dnia 14.04.2022 r., 4) wydruki z BDO.

Przedmiotowe postępowanie jest w praktyce powtórzeniem (kontynuacją) postępowania przetargowego, które zamawiający procedował poprzednio od sierpnia do września 2021 r. Termin składania ofert przypadał wówczas na 23 sierpnia 2021 r., zaś 30 września 2021 r. zamawiający musiał unieważnić postępowanie z powodu wyroku KIO (wyrok z 7 września 2021 r., sygn. KIO 2914/21). Wyrok ten dotyczył kwestii nieistotnych z punktu widzenia przedmiotowego odwołania (nieproporcjonalnego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do dysponowania osobami oraz zastrzeżenia nadmiernych kar umownych). Dowód: 1) informacja z otwarcia ofert, 2) informacja o unieważnieniu postępowania przetargowego.

Przywołanie tej okoliczności (jako tła historycznego) ma znaczenie dla niniejszego postępowania. Mianowicie, poza oczywiście kwestiami które musiały ulec zmianie w związku z przywołanym wyrokiem KIO z 7 września 2021 r., dokumentacja przetargowa tamtego

postępowania oraz niniejszego, tak jak zasygnalizowano to już wyżej, jest tożsama. Z tego powodu potencjalni wykonawcy nie powielali już w niniejszym postępowaniu wniosków o wyjaśnienie treści dokumentacji przetargowej w zakresie w jakim zamawiający udzielił już wyjaśnień poszczególnych kwestii w poprzednim postępowaniu. Już w tym miejscu, wyprzedzając nieco fakty, zastrzec należy, że ostateczna treść warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w niniejszym postępowaniu (zarzut 3 odwołania) została ukształtowana w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości odwołania przystępującego wobec treści dokumentacji przetargowej (sprawa prowadzona przez KIO pod sygnaturą 3647/21). Odwołanie to oraz jego uwzględnienie powinno znajdować się w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego. W dużym skrócie i uproszczeniu, przystępujący żądał ukształtowania przedmiotowego warunku w sposób prokonkurencyjny, co też nastąpiło. Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce 14 stycznia br. W zakresie części 2 i 3 (wpłynęły po 3 oferty, w tym przystępującego i odwołującego). Odwołujący złożył nadto ofertę na część 1 zamówienia jako lider konsorcjum ze wskazanym już Panem W. L.. Różnica między ofertą przystępującego, a odwołującego w zakresie podstawowym części 2 i 3 zamówienia, to odpowiednio 289.442,90 zł netto i 1.980.707,49 zł netto, na kontrakcie wartym odpowiednio ok. 37 mln zł netto i 41 mln zł netto. Różnica ta nie stanowi nawet 0,78% ceny ofertowej odwołującego dla części 2 i ok. 4,6% ceny ofertowej odwołującego dla części 3. Zamawiający w ramach postępowania powołał „biegłego” – Biuro Inżynierskie IVW Polska sp. z o.o.: mgr inż. M. C. oraz mgr P. B. Sporządzili oni „analizę”, której celem miała być ocena oferty przystępującego. Wydanie 2 tej „analizy”, tj. z marca 2022 r., nie potwierdziło, rażąco niskiej ceny oferty przystępującego we wszystkich częściach. Dopiero wydanie 3 „analizy”, tj. z kwietnia 2022 r., zaktualizowane o makroekonomiczne dane „wojenne”, zasygnalizowało problem rzekomej rażąco niskiej ceny oferty przystępującego we wszystkich częściach. Uprzedzając nieco fakty, przystępujący zaznacza, że powołana „analiza” nie nadaje się do oceny prawidłowości jego oferty, gdyż opiera się na innym modelu logistycznym w zakresie odbioru i transportu odpadów (nie kwestionując jednak modelu opisanego przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny), a w zakresie zagospodarowania odpadów odnosi się jedynie do najprostszego, ale zarazem najdroższego wariantu opisanego przez przystępującego (już tylko uwzględnienie alternatywnego wariantu optymalizacyjnego zagospodarowanie części odpadów komunalnych zbieranych selektywnie opisanego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przystępującego potwierdza dochodowość kontraktu). Ponadto, „analiza” ta zawiera także inne błędy, których skorygowanie wyklucza rażąco niską cenę oferty przystępującego. W tym miejscu przystępujący zaznacza, że nie otrzymał wydania 1 „analizy” i nie wie, czy znajduje się ono w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego. W tak ukształtowanym stanie rzeczy, zamawiający dysponując wydaniem 2 „analizy” zdecydował

się wybrać jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego. Miało to miejsce 1 kwietnia 2022 r. Przystępującemu nie są natomiast znane powody dlaczego 22 kwietnia br. zamawiający uwzględnił w całości przedmiotowe odwołanie. Poniekąd mogłoby być zrozumiałe uwzględnienie przez zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny z powodów ostrożnościowych. Uwzględnienie jednak pozostałych zarzutów nie ma racjonalnych podstaw, gdyż nic się w tym zakresie nie mogło zmienić od wyboru oferty, tym bardziej gdy uwzględni się fakt wcześniejszego przez niego zweryfikowania i potwierdzenia prawidłowości doświadczenia przystępującego (usługa świadczona na rzecz miasta Wałbrzycha była oceniana już w ramach postępowania przetargowego z 2020 r., a nadto niezależnie od tego zamawiający wie, że przystępujący jest aktualnym liderem konsorcjum w zakresie realizacji usługi na sektorze II Związku Celowego Gmin MG-6, gdzie roczna wartość usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z tego sektora wynosi ok.14 mln zł) oraz tego, że zamawiający działając jako organ administracji publicznej przeprowadził kontrolę bazy magazynowo-transportowej przystępującego i nie miał żadnych uwag co do spełnienia przez nią warunków odpowiedniego rozporządzenia Ministra Środowiska. Działanie zamawiającego nie zmienia jednak sytuacji procesowej (w zakresie ciężaru dowodowego) odwołującego i przystępującego, ani tego, że przeprowadzone przez niego wcześniej czynności były prawidłowe. Stąd też przystępujący podtrzymuje swój sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedmiotowego odwołania i nadal wnosi o jego oddalenie w całości, na uzasadnienie czego prezentuje poniżej swoje stanowisko względem poszczególnych zarzutów”.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 992/22, o których mowa poniżej wskazał:

(...)

III. Doświadczenie w realizacji usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych Zarzut postawiony przez odwołującego w tym zakresie dotyczy dwóch kwestii:

1) w jego ocenie usługa na rzecz miasta Wałbrzycha nie była realizowana w okresie 3 lat przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, gdyż jej realizacja rozpoczęła się 1 listopada 2018 r., a zakończyła się 31 października 2019 r. (12 miesięcy w ciągu), skoro zaś termin składania ofert przypadał na 14 stycznia 2022 r., to okres 3 lat wstecz kończy się w styczniu 2019 r.;

2) ze wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, który stanowił element dokumentacji przetargowej zamówienia publicznego, w wyniku którego przystępujący realizował usługę na rzecz miasta Wałbrzycha (powołaną na spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu) wynika, że po 1 stycznia 2017 r. usługa ta nie miała obejmować zagospodarowania odpadów komunalnych, co w ocenie odwołującego dowodzi, że

przystępujący w okresie od 1 listopada 2018 r. nie mógł odpowiadać za zagospodarowanie odpadów komunalnych, a tym samym nie świadczył usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów w kształcie jakiego wymagał zamawiający, i to pomimo tego, że taki właśnie przedmiot usługi wprost wynika z referencji wystawionych przystępującemu przez miasto Wałbrzych 28 marca br.

Jeśli chodzi o pierwszy aspekt zarzutu, to jest on konsekwencją niezrozumienia dokumentacji przetargowej oraz pominięcia, albo co gorsze nieznamomości ugruntowanego orzecznictwa KIO w tej materii. W przypadku usługi ciągłej, takiej o jaką chodzi w przedmiotowym przypadku, dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczającym jest, żeby wyłącznie jej koniec przypadał w okresie 3 lat przed terminem składania ofert. W przedmiotowym przypadku jest to faktem, i to zresztą faktem niekwestionowanym przez odwołującego. 12 miesięczna usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych świadczona przez przystępującego na rzecz miasta Wałbrzycha zakończyła się w październiku 2019 r., a więc w terminie 3 lat przed składaniem ofert (ten kończył się w bowiem w styczniu 2019 r.). Dla potwierdzenia prawdziwości powyższej tezy wystarczy przywołać choćby wyrok KIO z 18 grudnia 2020 r., sygn. KIO 3186/20, który nadto wprost odnosi się do sposobu konstrukcji warunku udziału w postępowaniu, który w tamtym przypadku jest tożsamy ze sposobem zastosowanym przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, co wzmacnia dodatkowo adekwatności cytowanego stanowiska Izby dla niniejszej sprawy: „Spornym pozostawało natomiast to, że usługa ta realizowana była w okresie 12 miesięcy, które rozpoczęły się poza przedziałem 3 lat od dnia składania ofert. Izba uznała, iż zapisy siwz w opisie warunku nie wymagały, aby okres świadczenia usługi nie wykraczał poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym od dnia składania ofert. Należy zauważyć, iż opis warunku we wstępnej części, stanowił przeniesienie zapisów Ustawy i odnosił się wyłącznie do wskazania okresu w jakim należało usługę wykonać, tj. zakończyć. Termin wykonania usługi należy identyfikować z jej zakończeniem, niezależnie od tego czy dotyczy to usługi jednorazowej, czy też o charakterze ciągłym lub okresowym. Ujęte w dalszym opisie wymagania wskazanie na świadczenia okresowe lub ciągłe użyte jest w przepisie w kontekście usług nadal wykonywanych, które się nie zakończyły, co ma na celu możliwość wykazania doświadczenia nabywanego w trakcie składania oferty. Doprecyzowanie warunku przez Zamawiającego w ostatnim fragmencie punktu 3.2 b siwz odnosi się wyłącznie do wskazania na rodzaj usługi jak również jej wymiar czasowy (12 miesięczny okres realizacji) i nie odnosi się do okresu zakończenia usługi. Skoro Zamawiający nie doprecyzował w siwz, iż okres świadczenia usługi powinien w całości mieścić się w przedziale 3 lat liczonych od dnia składania ofert, nadanie takiego rozumienia postanowieniom siwz, prowadziłoby do zaostżenia warunku udziału w postępowaniu. Taki zabieg nie jest dopuszczalny na etapie

oceny ofert i nie może uzasadniać negatywnej oceny doświadczenia zdobytego w związku z zakończeniem świadczenia usługi o charakterze ciągłym, co nastąpiło w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym Izba uznała, iż usługa z pozycji pierwszej wykazu spełnia warunek udziału w postępowaniu i pozwala pozytywnie ocenić potencjał zawodowy wykonawcy.”.

Co się zaś tyczy drugiego aspektu tego zarzutu, to w pierwszej kolejności należy podnieść, że powołanie się przez odwołującego na wzór projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego z postępowania przetargowego, które toczyło się ponad 6 lat temu, trudno uznać za wystarczający dowód – w aspekcie procesowym (a to przecież na odwołującym ciąży ciężar dowodu w tym zakresie) – tego, że przystępujący zawarł umowę o takiej właśnie treści, że umowa ta nie była modyfikowana przez jej strony, czy wreszcie, że nie doszło do sytuacji, w której przystępujący był w rzeczywistości odpowiedzialny za zagospodarowanie odpadów komunalnych w okresie listopad 2018 – październik 2019 r. Taki „dowód” tym bardziej nie może być uznany za wiarygodny i wystarczający sposób zakwestionowania prawdziwości oświadczenia właściwego podmiotu pochodzącego zaledwie sprzed miesiąca (referencji miasta Wałbrzycha z 28 marca 2022 r.), które wprost i jednoznacznie odnosi się do wymaganego okresu (listopad 2018 r. – październik 2019 r.) i do przedmiotu usługi w tym okresie (odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych), a nie – jak zdaje się to sugerować odwołujący – do nazwy umów w sprawie zamówienia publicznego, które łączyły przystępującego z miastem Wałbrzych.

Powyższa uwaga o gołosłowności twierdzenia odwołującego nie zmienia jednak zasadniczego faktu, że twierdzenie to jest po prostu nieprawdziwe, co wynika z niewiedzy lub niesprawdzenia faktycznego sposobu realizacji przez przystępującego usługi na rzecz miasta Wałbrzycha. Przystępujący wyjaśnia, że faktycznie według wstępnych założeń miasta Wałbrzych usługa realizowana przez przystępującego miała od stycznia 2017 r. polegać wyłącznie na odbiorze odpadów komunalnych, niemniej jednak z przyczyn leżących poza przystępującym, miastu Wałbrzych nie udało się wdrożyć planowanego rozwiązania, w związku z czym przystępujący do końca realizacji kontraktu odpowiadał za zagospodarowanie odpadów komunalnych. Dlatego też kształt przedłożonych przez przystępującego referencji jest taki, a nie inny.

Mimo, że powyższa argumentacja jest wystarczająca dla oddalenia przedmiotowego zarzutu odwołującego, to przystępujący poruszy jeszcze kilka aspektów związanych z prawidłowym rozumieniem postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia w realizacji usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów trwającej nieprzerwanie przez 12 kolejnych miesięcy o wartości 12 mln zł, gdyż odwołujący przeinacza to rozumienie.

Po pierwsze, na ocenę spełnienia przedmiotowego warunku nie może mieć wpływu to, czy dany wykonawca ma status instalacji komunalnej, czy też nie. Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie postawił w tym zakresie żadnego wymogu. W szczególności zamawiający nie wymagał w ramach warunku udziału w postępowaniu (w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności) legitymowania się przez wykonawców administracyjnoprawnymi zezwoleniami w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych, tj. zezwoleniem na przetwarzanie odpadów, czy też pozwoleniem zintegrowanym. Co więcej, takie stanowisko wynika też z pytania numer 39 i odpowiedzi na nie odnośnie treści aktualnej dokumentacji przetargowej (odpowiedź z 23 grudnia 2021 r.). Zamawiający potwierdził, że rozliczenie usługi dotyczy przekazania odpadów do instalacji, a nie tego czy odpady te zostaną w niej faktycznie zagospodarowane, gdyż sposób funkcjonowania danej instalacji może nie zależeć od wykonawcy.

Po drugie, zamawiający dał wielokrotnie wyraz temu, że ów warunek należy rozumieć w sposób jak możliwie najbardziej prokonkurencyjny, dopuszczający szeroki krąg potencjalnych wykonawców. Przede wszystkim wyjaśnić należy, że ostateczne ukształtowanie przedmiotowego warunku nastąpiło w wyniku odwołania przystępującego wobec treści dokumentacji przetargowej, o czym była mowa już wcześniej. Przystępujący zarzucał zamawiającemu właśnie niekonkurencyjny sposób ukształtowania rzeczonoego warunku, co zamawiający uznał (uwzględnił odwołanie przystępującego w całości). Ostateczny kształt tego warunku został sformułowany w sposób nawiązujący do wcześniejszego jego sformułowania, tj. tego jaki wynikał z dokumentacji przetargowej dla zamówienia publicznego z 2020 r. (tego, w wyniku którego przystępujący jest aktualnym wykonawcą usługi na rzecz zamawiającego) oraz z dokumentacji przetargowej unieważnionego postępowania z 2021 r. Zauważyć jednak należy, że zamawiający nieco zaostrzył wymagania w zakresie doświadczenia względem swoich wcześniejszych oczekiwań (z 2020 r.). Zamawiający wprowadził bowiem obowiązek realizacji usługi obejmującej nie tylko odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, ale też i obejmującej wyposażenie właścicieli nieruchomości w pojemniki i worki. Kompleksowość usługi wymagała w dokumentacji przetargowej z sierpnia 2021 r. (tak rozdział VIII punkt 1.3 lit. a SWZ) właśnie doświadczenia w zapewnieniu pojemników i worków. Tym samym przystępujący nie zgadza się z odwołującym, że kompleksowość usługi odnosi się do jej ciągłości, tj. tego, że była ona wykonywana przez kolejnych, następujących po sobie 12 miesięcy kalendarzowych (akapit 4.2 punkt 3) odwołania, str. 11). Nie ma to co prawda większego znaczenia dla niniejszej sprawy, ale przystępujący z daleko idącej ostrożności zaznacza, że usługa świadczona przez niego na rzecz miasta Wałbrzycha obejmowała również zapewnienie pojemników i worków właścicielom nieruchomości.

Po trzecie, mając na uwadze prokonkurencyjny kształt warunku, wskazać należy, że w treści dokumentacji przetargowej zamawiający nie stawia jakichkolwiek szczegółowych wymogów co do kształtu usługi wykazywanej przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności zamawiający w żaden sposób nie limitował wymaganego doświadczenia w zagospodarowaniu odpadów co do ich konkretnej ilości (nie wymagał doświadczenia w zagospodarowaniu ściśle określonej wielkości strumienia odpadów), frakcji (nie wymagał doświadczenia co do zagospodarowania konkretnych rodzajów odpadów, a tym bardziej jednocześnie wszystkich rodzajów odpadów komunalnych), a także i wartości (nie wymagał doświadczenia w zagospodarowaniu odpadów o konkretnej cenie). Jedyny wymóg jaki stawiał zamawiający w zakresie przedmiotowego warunku to to, że usługa miała być realizowana w 12 następujących po sobie miesiącach kalendarzowych, i w tym okresie miała być warta 12 mln zł (przy czym wartość tę można było wykazać dwoma usługami łącznie), a jej przedmiotem miał być odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (tak jak wskazano z pominięciem bliżej specyfikacji struktury strumienia odpadów, ich dokładnego rodzaju i stosunku wartości czynności odbiorowych wobec czynności zagospodarowania), przy czym według oceny przystępującego przedmiot usługi miał także polegać na zapewnieniu pojemników i worków właścicielom nieruchomości objętych publicznym systemem gospodarki odpadami (kompleksowość usługi). Powszechnie stosowaną praktyką przez zamawiających publicznych, którzy chcą ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców poprzez wymóg doświadczenia w zagospodarowaniu odpadów, jest szczegółowe określenie wymagań w tej materii, np. co do ilości zagospodarowanych odpadów, czy też ich frakcji (choćby zamówienie publiczne miasta Wrocławia dostępne pod adresem (...), czy też miasta Opolą dostępne pod adresem (...). Zamawiający w przedmiotowym przypadku zrezygnował z tak rozumianego ograniczenia. Jest to tym bardziej oczywiste, że odwołujący nie kwestionuje przecież zakresu drugiej z usług powołanych przez przystępującego w doświadczeniu (tj. usługi realizowanej na rzecz gminy Jedliny-Zdrój), której zakres co do rodzajów odbieranych i zagospodarowywanych odpadów komunalnych był węższy niż zakres usługi świadczonej na rzecz miasta Wałbrzycha. Co paradoksalne, odwołujący nie kwestionuje też usługi realizowanej przez przystępującego na rzecz Jedliny-Zdrój w zakresie jej terminu. Termin ten jest zbieżny z terminem realizacji usługi na rzecz miasta Wałbrzycha, co tylko obnaża pozornie zarzutu odwołującego w pierwszym z omówionych aspektów. Finalnie, i już tylko na marginesie, przystępujący zwraca uwagę, że ta sama usługa, której przedmiot jest teraz kwestionowany, stanowiła podstawę dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia w postępowaniu przetargowym z 2020 r. (w którym jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę przystępującego i drugiego odwołującego, tj. Inneko sp. z o.o. w Gorzowie

Wielkopolskim). Realność referencji wystawionych wówczas przez miasto Wałbrzych była nawet przedmiotem oceny przez KIO (wyrok z 25 lutego 2020 r., sygn. 258/20, 259/20 i 260/20, gdzie KIO oddaliło zarzuty wobec przystępującego). Wówczas, mimo że zamawiający, jak i zresztą drugi odwołujący – Inneko sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim, miał dokładnie taką samą wiedzę jak teraz na temat faktycznego przebiegu realizacji usługi na rzecz miasta Wałbrzycha, w tym jej przedmiotu, nigdy nie kwestionował prawdziwości i realności doświadczenia, na które powołuje się przystępujący i teraz. Co oczywiste, niezasadność przedmiotowego zarzutu (zarzutu 3 odwołującego) skutkuje także niezasadnością zarzutu 4. odwołującego, gdyż ten jest prostą konsekwencją pierwszego.

IV. Baza magazynowo-transportowa

Zarzut odwołującego w tym zakresie opiera się na niepopartymi żadnymi dowodami twierdzeniach „biegłego” (czy też w nomenklaturze odwołującego „niezależnego eksperta”, co miało zapewne semantycznie dodać wiarygodności efektom jego pracy), o tym że żadna z nieruchomości wskazanych przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie spełnia warunków bazy magazynowo-transportowej wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Absurdalność tego założenia najdobitniej obrazuje fakt, że nieruchomość przy ul. Owczej w Gorzowie Wielkopolskim, a więc aktualna baza magazynowo-transportowa przystępującego, była w ciągu ostatnich dwóch lat wielokrotnie kontrolowana w zakresie zgodności z powołanym rozporządzeniem przez różne (niezależne od siebie) organy administracji publicznej, w tym i przez zamawiającego. Żadna z tych kontroli, a ostatnia z nich miała miejsce w 2022 r., nie wykazała jakichkolwiek uchybień.

Analogiczne spostrzeżenie można poczynić też wobec nieruchomości objętej załącznikiem nr 31 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nieruchomość ta była bowiem przez jej właściciela wykorzystywana wcześniej pod lokalizację bazy magazynowo-transportowej (oczywiście w rozumieniu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Również i w jej przypadku kontrole organów administracji publicznej nie wykazały uchybień w zakresie zgodności z powołanym rozporządzeniem.

Przystępujący uzupełniając przy tym wyjaśnia, iż teren jego aktualnej bazy magazynowo-transportowej jest na tyle duży, że pozwala na zaparkowanie wszystkich przewidzianych pojazdów do obsługi niniejszego zamówienia (30 pojazdów), i to tylko w ramach terenu zewnętrznego. Na nieruchomości tej znajduje się bowiem budynek garażowy, który pozwala na zaparkowanie w nim czterech największych śmieciarek. Przystępujący z daleko idącej ostrożności (i poniekąd ze względów logistycznych) w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przewidział możliwość uruchomienia dodatkowej bazy magazynowo-transportowej. Nieruchomość objęta załącznikiem nr 31 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ma

większy teren zewnętrzny niż aktualna baza przystępującego (wprost wynika to z „analizy” „niezależnego eksperta”), co oznacza, że samodzielnie wystarcza do parkowania tam wszystkich pojazdów przewidzianych do realizacji niniejszego zamówienia. Dla jasności, nieruchomości ta znajduje się w odległości ok. 18 km od centrum Gorzowa Wielkopolskiego, na terenie gminy Bogdaniec należącej do sektora I Związku Celowego Gmin MG-6 (zamawiającego).

V. Zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zarzut 4 odwołującego jest prostą konsekwencją jego zarzutów 1-3. W związku z tym, że zarzuty 1-3 są bezzasadne, to także i ten zarzut (zarzut 4) jest niewłaściwie postawiony.

VI. Ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Odwołujący w nieuzasadniony sposób utożsamia „ponowne” wezwanie zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z naruszeniem zasady jednokrotności wezwań. Tymczasem w świetle orzecznictwa KIO (zob. choćby wyrok KIO z 3 lutego 2016 r., sygn. KIO 77/16) zasada ta nie doznaje uszczerbku gdy wykonawca rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, ale te rodzą u zamawiającego publicznego kolejne wątpliwości, w związku z czym zamawiający oczekuje ich wyjaśnienia, czy też doprecyzowania. Dopiero kolejne wezwanie do wyjaśnień tego samego zakresu informacji (przy niestarannej postawie wykonawcy) uznać można za naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 pzp.

Taka sytuacja (nierzetelność, niestaranność, lakoniczność, czy też zdawkowość wyjaśnień ze strony przystępującego) nie miała jednak miejsca w przedmiotowym przypadku. Trudno bowiem przypisać przystępującemu, który złożył wyczerpujące (24 strony opisu założeń i przyjętych rozwiązań) i bardzo szczegółowe (odnoszące się do każdego, nawet mniej istotnego czynnika cenotwórczego) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z obszernym materiałem dowodowym (33 rodzaje załączników), zdawkowość, czy ogólnikowy charakter jego stanowiska.

Co więcej, przystępujący wyraźnie zaznacza, że zamawiający w drugim wezwaniu chciał jedynie wyjaśnienia kilku nieznaczących wątpliwości, które powziął w związku z analizą pierwotnych wyjaśnień. Przystępujący nie przedkładał przy tym zamawiającemu nowych dowodów wraz ze swą drugą odpowiedzią, z wyjątkiem wyciągu z listy płac, który miał tylko dodatkowo potwierdzić koszty pracy przyjęte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i uwiarygodnić w szerszej perspektywie dwie przykładowe umowy o pracę, które przystępujący przedłożył wraz z pierwotnymi wyjaśnieniami. W takich realiach nie sposób przyjąć, że zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, czy też prowadził postępowania bez zachowania warunków uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22, o których mowa poniżej wskazał:

(...)

III. Punktowanie kryterium środowiskowego – norma emisji spalin EURO 6

Odwołujący przyjmuje, że zgodnie z dokumentacją przetargową zamawiający miał punktować nie deklarację wykorzystania na etapie realizacji usługi pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6, lecz fakt posiadania (dysponowania) takimi pojazdami już w momencie składania ofert. Uzasadnienie powyższej tezy odwołujący oparł na wybiórczym rozumieniu postanowień rozdziału XIX SWZ. Postanowienia tego rozdziału (odczytywane kompleksowo) w kilku miejscach wyraźnie i wprost przesądzają kwestię punktowania przedmiotowego kryterium w ramach oceny ofert.

Przystępujący poniżej cytuje postanowienia rozdziału XIX punkt 1.5) SWZ w tej materii rozwiewające ponad wszelką wątpliwość, przyjęty przez zamawiającego sposób punktacji:

- *„Premiowane będzie zobowiązanie się wykonawcy do wykorzystania w toku realizacji zamówienia [a więc chodziło o deklarację wykorzystania pojazdów w przyszłości, tj. w toku świadczenia usługi], większej ilości pojazdów spełniających normę EURO 6 lub pojazdów elektrycznych / napędzanych gazem ziemnym w rozumieniu art. 2 pkt 12) lub 14) ustawy z dnia 11 stycznia 2018r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. 2018 poz. 317) – ze względów środowiskowych”;*

- *„Zamawiający oświadcza, że będzie przyznawał punkty za spełnienie kryterium „środowiskowe (E) norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia [użyto czasu przyszłego] (pojazdy, które spełniają poziom emisji spalin EURO 6)” za posiadanie większej ilości pojazdów spełniających poziom emisji spalin EURO 6, względem ilości minimalnej, nie większej jednak niż 4 dodatkowych pojazdów (na daną część zamówienia), zgodnie z następującym wzorem:*

Ilość premiowanych pojazdów zadeklarowana przez Wykonawcę, nie większa niż 4

E = ----- x 20 = liczba pkt

Ilość premiowanych pojazdów zadeklarowana przez Wykonawcę, który zadeklarował największą ilość pojazdów nie większą niż 4”;

- *„Zgodnie z powyższym wzorem, Wykonawca może w ofercie – na każdą część zamówienia (sektor) - zadeklarować maksymalnie 4 dodatkowych pojazdów spełniających poziom emisji spalin EURO 6, ponad pojazd, który wskazał jako spełniające warunek udziału w postępowaniu”;*

- *„Maksymalna liczba punktów wynosi 20. Weryfikacja zadeklarowanego poziomu emisji spalin i ilości pojazdów będzie następowała na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w formularzu oferty, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SWZ”.*

Na analogicznej zasadzie zamawiający ukształtował wzór formularza ofertowego (jego punkt 5):

- „[...] zrealizuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z wykorzystaniem ... dodatkowych pojazdów spełniających normę EURO 65, względem ilości minimalnej wynikającej z Rozdziału VII ust. 22 OPZ. Wykonawca składając niniejszą ofertę oświadcza, że ww. normę będą spełniały następujące kategorie pojazdów, jak również informuje który z rodzajów pojazdów został wskazany na potrzeby spełnienia wymogu minimalnego (Rozdział VII ust. 22 OPZ) oraz warunku udziału w Postępowaniu (Rozdział VIII SWZ)

Rodzaj pojazdów	Deklaracja ofertowa normy EURO 6 na potrzeby „kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia” (TAK/NIE/pole puste lub wpisanie „-“)⁶	Deklaracja pojazdu spełniającego normę EURO 6 na potrzeby spełnienia wymogu minimalnego (Rozdział VII ust. 22 OPZ) oraz warunku udziału w Postępowaniu (Rozdział VIII SWZ)⁷
Specjalistyczny, bezpylny przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych		
Specjalistyczny, bezpylny przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych		
Przystosowany do obierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych		
Przystosowany do obierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych		
Do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej		

[...]

⁶Należy zaznaczyć TAK w przypadku deklarowania realizacji zamówienia z wykorzystaniem wskazanej kategorii pojazdu (jednego) o normie nie niższej niż EURO 6, na potrzeby „kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia”. Względem pojazdu spełniającego normę EURO 6 na potrzeby spełnienia wymogu minimalnego (Rozdział VII ust. 22 OPZ) oraz warunku udziału w Postępowaniu (Rozdział VIII SWZ), należy pozostawić pole puste lub wpisać „-“.

Nie ulega wątpliwości, że z kompleksowej oceny postanowień rozdziału XIX SWZ i wzoru formularza ofertowego wynika, że punktowane przez zamawiającego w ramach przedmiotowego kryterium środowiskowego było zobowiązanie się wykonawcy (tutaj przystępującego) do wykorzystania w przyszłości (na etapie realizacji usługi) określonej liczby pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6.

Co więcej, takie stanowisko zamawiający wyraził wprost w odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści dokumentacji przetargowej z 3 sierpnia 2021 r. – odpowiedź

zamawiającego na pytanie nr 31: „W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (Rozdział VIII ust. 1 podpunkt 1.3) lit. b SWZ), stosownie do Rozdziału X ust. 2 pkt 7 SWZ, na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca będzie zobowiązany do przedłożenia wykazu pojazdów oraz przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przez niego normy EURO 6. Dokumentem takim może być oświadczenie producenta pojazdu sporządzone w formie certyfikatu. W ocenie Zamawiającego, co do zasady, umowa leasingu lub umowa najmu nie potwierdzają spełnienia normy EURO 6, w przeciwieństwie do ww. oświadczenia producenta pojazdu lub dowodu rejestracyjnego. W odniesieniu do kryterium oceny ofert (Rozdział XIX pkt 4 SWZ), które dotyczy posiadania dodatkowych pojazdów, będzie ono weryfikowane na podstawie oświadczenia, zawartego w formularzu oferty (na etapie przetargowym). Weryfikacja dysponowania przez Wykonawcę flotą pojazdów, spełniającą wszystkie wymagania, nastąpi na etapie przygotowawczym zamówienia (Rozdział VI OPZ), tj. po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i może następować w toku realizacji zamówienia. W ramach kryterium premiowana jest realizacja zamówienia z wykorzystaniem określonego potencjału sprzętowego (spełniającego m.in. normy EURO 6), a nie posiadanie określonej floty pojazdów per se (co jest niedozwolone na gruncie przepisów P.z.p., albowiem takie kryterium dotyczyłoby właściwości wykonawcy a nie przedmiotu zamówienia – tak m.in. KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2019 r., KIO 55/19) jak również samo dysponowanie flotą na moment składania ofert. Dla Zamawiającego istotne jest to, aby określone pojazdy realizowały zamówienie, a nie to, czy Wykonawca je posiada (okoliczność sama w sobie). Zgodnie z zamierzeniem podstawowym (podstawowym zakresem zamówienia) realizacja zamówienia nastąpi ok. pół roku po zawarciu umowy, co jest okresem, w którym w warunkach rynkowych, istnieje możliwość nabycia floty spełniającej określone normy emisji spalin. Mając na uwadze powyższe nieuprawnione i ograniczające konkurencję byłoby żądanie posiadania pojazdów spełniających określoną normę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dysponowanie nimi na tym etapie i wykazanie ich posiadania poprzez określone dokumenty np. karty pojazdu w tym momencie. We wskazanym zakresie deklaracja ofertowa Wykonawcy jest zbieżna z innymi zobowiązaniami kontraktowymi, m.in. co do ceny świadczenia usług, ilości wyjazdów interwencyjnych.”.

Dowód: 1) odpowiedź na pytania do specyfikacji warunków zamówienia oraz jej zmiana z 3 sierpnia 2021 r.

Jak już wyjaśniono, odpowiedź ta została udzielona przez zamawiającego w ramach unieważnionego przetargu z sierpnia/września 2021 r., niemniej jednak opis kryterium oceny ofert – kryterium środowiskowego w zakresie normy emisji spalin EURO 6 jest identyczny z aktualnym opisem. Nie sposób zatem przyjąć, że obecnie zamawiający (jak i wykonawcy) mógłby inaczej rozumieć postanowienia dokumentacji przetargowej w tej materii.

Już tylko na marginesie przystępujący oświadcza, że dysponuje (co miało także miejsce w chwili składania ofert) w swojej flocie odpowiednią liczbą pojazdów o normie emisji spalin EURO 6, z tym że dla potrzeb realizacji „nowej” usługi na rzecz zamawiającego planuje nabyć inne pojazdy. Przystępujący nie wie w jaki sposób odwołujący doszedł do odwrotnej konkluzji, a tym bardziej w jaki sposób udowodni stan floty pojazdów przystępującego, w końcu to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie.

III. Doświadczenie w realizacji usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych (...)

W zakresie tego zarzutu przytoczył w całości argumentację jak do odwołania KIO 992/22 (...)

V. Wskazanie w wykazie instalacji podmiotu zbierającego odpady o statusie pośrednika i sprzedawcy odpadów

Odwołujący stawiając zarzut w tym zakresie pomija dwie istotne okoliczności, które ów zarzut czynią całkowicie bezpodstawnym.

Po pierwsze, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (czyli takim z jakim mamy do czynienia w niniejszym przypadku) zamawiający publiczny zobowiązany jest żądać od wykonawców przedstawienia w ofercie wykazu instalacji, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku odpadów zbieranych selektywnie możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (zamiast „instalacji”). Wskazany przez przystępującego podmiot jest zbierającym odpady – legitymuje się on decyzją z 28 października 2014 r., nr OŚRiL.6233.29.2014, która obejmuje zbieranie m.in. odpadów o kodzie 15 01 02 (jak i też 15. 01 06). Co oczywiste odpady o kodzie 15 01 02 mieszczą się w kategorii odpadów zbieranych selektywnie. W zakresie gospodarowania odpadami o kodzie 15 01 02 w formularzu ofertowym przystępujący wskazał pięć podmiotów. Nieprawdą jest przy tym twierdzenie, że podmiot wskazany przez przystępującego miałby gospodarować także odpadami 15 01 06 (choć i w tym zakresie podmiot ten posiada decyzję na zbieranie). W formularzu ofertowym w tabeli dotyczącej instalacji przystępujący zaznaczył wykrytą niespójność w dokumentacji przetargowej. Zamawiający objął zamówieniem odbiór jedynie odpadów o kodzie 15 01 02, a z danych historycznych przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia wynikało, że w poprzednich latach odbierane też były odpady o kodzie 15 01 06. Po drugie, zamawiający w dokumentacji przetargowej w żadnym miejscu nie ograniczył możliwości korzystania przez wykonawcę z pośredników i sprzedawców w obrocie odpadami (ich status jest uregulowany ustawowo, tj. ustawą o odpadach). Przystępujący w związku z

tym, że współpraca z takimi podmiotami pozwala na znaczną optymalizację kosztów zagospodarowania odpadów (po zniesieniu regionalizacji) wyraźnie zaznaczył w formularzu ofertowym, że zamierza korzystać z ich usług. Mając na uwadze, że formularz ofertowy nie zawierał dedykowanego miejsca na wskazanie z nazwy tych podmiotów, przystępujący uznaje (niezależnie od tego, że podmiot wskazany przez odwołującego jest po prostu zbierającym odpady), że był uprawniony do wskazania ewentualnego pośrednika (czy też sprzedawcy) odpadów w tabeli instalacji. O tym, że podmiot kwestionowany przez odwołującego posiada rzeczony status świadczą publicznie dostępne informacje, tj. informacje w rejestrze BDO, na który powołuje się zresztą sam odwołujący. Z systemu BDO wprost wynika, że podmiot ten ma status pośrednika i sprzedawcy odpadów komunalnych zbieranych selektywnie o kodzie 15 01 02 (jak i 15 01 06).

Na marginesie przystępujący zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu wykaz instalacji w ramach formularza ofertowego ma odmienny charakter od tego jaki „normalnie” nadają mu zamawiający publiczni. Nie jest bowiem tak, że przez cały okres realizacji usługi na rzecz MG-6 wykonawca może przekazywać odpady komunalne wyłącznie do instalacji wskazanych w ofercie. Zamawiający przyjął całkowicie odmienne rozwiązanie pozwalające wykonawcom w zasadzie w nieskrępowany sposób przekazywać odpady komunalne także do innych instalacji. Mianowicie, „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany instalacji, w której nastąpi zagospodarowanie odpadów, w tym również poprzez dozwoleń na zagospodarowanie odpadów komunalnych w instalacji innej niż wskazana w ofercie wykonawcy, przy czym ostatnia z wymienionych sytuacji wymaga uprzedniego dokonania modyfikacji umowy, na zasadach określonych w §12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ” (tak punkt XVI.7 OPZ). Powołany §12 wzoru umowy przewiduje jedynie, że „Ponadto dopuszczalna jest zmiana Umowy w zakresie: [...] zmiany instalacji w której następować będzie zagospodarowanie odpadów komunalnych, w szczególności w przypadku zaistnienia obiektywnej niemożliwości przekazywania odpadów do instalacji wskazanych w ofercie wykonawcy”. Zważywszy, nadto, że zamawiający zobowiązuje się (wprost we wzorze umowy) do współdziałania z wykonawcą, nie sposób przyjąć, że może od odmówić na wniosek wykonawcy zagospodarowania odpadów w innej (odpowiedniej) instalacji, niż wskazana w jego ofercie. Zamawiający znał to stanowisko (przystępujący przedstawił je w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny) i nie negował go, a co więcej należy przyjąć, że je w pełni aprobował skoro dokonał wyboru oferty przystępującego. Tym samym, gdyby doszło do wskazania niewłaściwego podmiotu w wykazie instalacji w ramach formularza ofertowego (co jednak nie miało miejsca w przedmiotowym przypadku), to taki błąd nie powodowałby niezgodności oferty z dokumentacją przetargową, tym bardziej, że zamawiający nie przewidział w przedmiotowym postępowaniu żadnych fakultatywnych

przesłanek wykluczenia wykonawcy (rozdział IX SWZ), w szczególności zaś tej o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 (jak i pkt 8) pzp.

W odniesieniu do zarzutu związanego z oferowaną ceną i wyjaśnieniami jaki składał wykonawca Komunalnik na wezwania Zamawiającego, Przystępujący podał:

(...)

VII. Rażąco niska cena

Przystępujący przedstawi swoją argumentację co do realności zaoferowanej przez niego ceny łącznie dla obu odwołań, tj. tego wniesionego przez Inneko sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: „Inneko”), jak i wniesionego przez konsorcjum w składzie Eko-Myśl sp. z o.o. w Dalsze i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Trans-Kom w Poznaniu (dalej: „Konsorcjum”). Taki sposób ujęcia rzeczzonej problematyki wynika z faktu, że choć argumentacja obu odwołujących nie jest tożsama, to jednak niektóre aspekty kalkulacji kosztów przez przystępującego przenikają się (jak na przykład koszty wspólne dla wszystkich sektorów zostały przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zaalokowane zgodnie ze strukturą strumienia odpadów w poszczególnych sektorach) albo wynikają z siebie (np. koszty zagospodarowania odpadów instalacji Inneko).

Ponadto, z uwagi na fakt, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego we wszystkich sektorach, czym potwierdził, że dysponuje odpowiednim budżetem do udzielenia zamówienia na całość terenu Związku Celowego Gmin Mg-6, logicznym jest pominięcie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego analizy kosztów na wypadek udzielania przystępującemu zamówienia jedynie w dwóch częściach – dwóch sektorach (w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny był to jeden z kalkulowanych wariantów).

Mając nadto na uwadze konstrukcję „analizy” „biegłego” przystępujący będzie odnosił się jedynie do kalkulacji kosztów dla okresu podstawowego, tj. przy założeniu, że zamawiający nie skorzysta z zastrzeżonego w dokumentacji przetargowej prawa opcji. Jest to okoliczność niekorzystna dla przystępującego, albowiem jak to wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (ostatni akapit na stronie 4) oraz w uzupełniających wyjaśnieniach (pytanie 5), przedłużenie okresu świadczenia usługi skutkuje dla niego większym zyskiem (przy samodzielnym ujęciu okresu świadczenia usługi dla prawa opcji).

Przystępujący dla lepszego zobrazowania prawidłowości swojej kalkulacji najpierw odniesienie się do poszczególnych zarzutów obu odwołujących, a następnie pokaże błędy w założeniach i wyliczeniach, którymi obarczona jest „analiza” „biegłego”. Już w tym miejscu przystępujący pragnie zaznaczyć, że tak naprawdę powinien odnosić się tylko do wariantu „niskiego” z „analizy” „biegłego”, gdyż opiera się on na faktycznych kosztach ponoszonych przez przystępującego, które zostały przez niego bezsprzecznie udowodnione przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (na każdy koszt przystępujący przedstawił stosowne

dowody), z tym zastrzeżeniem, że koszt paliwa i koszt zagospodarowania niektórych frakcji odpadów komunalnych może być przyjęty na zawyżonym przez „biegłego” poziomie, gdyż i tak pozwala to osiągnąć przystępującemu zysk na kontrakcie. Niemniej jednak z ostrożności przystępujący odniesie się przede wszystkim do wariantu „realnego” z „analizy” „biegłego”, gdyż nawet w jego przypadku (przyjmując model kalkulacji ceny tam zaproponowany, odmienny jednak od modelu przyjętego przez przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny) osiągnie on zysk na kontrakcie, o ile skoryguje się tylko niektóre z błędnych założeń poczynionych przez „biegłego”.

Przechodząc do analizy kalkulacji należy w pierwszej kolejności zauważyć, że ani zamawiający, ani odwołujący, ani też „biegły”, nie zarzucają przystępującemu pominięcia istotnego rodzajowo kosztu świadczenia usługi. Innymi słowy, przystępujący uwzględnił wszystkie rodzaje kosztów jakie są konieczne do poniesienia w celu świadczenia usługi zgodnie z dokumentacją przetargową i należytą starannością wymaganą od profesjonalisty. Sporna między tymi podmiotami może być zatem jedynie wysokość poszczególnych kosztów. Przystępujący za całkowicie absurdalne uznaje przy tym dywagacje Inneko dotyczące porównania cen oferowanych przez przystępującego w niniejszym postępowaniu z cenami oferowanymi przez konsorcjum w składzie przystępujący i Inneko, tak w 2020 r., jak i w 2022 r. dla zamówień „uzupełniających”. Inneko nie dostrzega, albo co gorsze nie rozumie, że ceny usług kształtowane są nie tylko wysokością kosztów danego wykonawcy, ale także możliwym do osiągnięcia zyskiem wynikającym z sytuacji rynkowej, w której następuje złożenie oferty. Oczywistym przecież jest, że przymusowa sytuacja kontrahenta (zamawiającego), jak również ograniczenie potencjalnego kręgu wykonawców istotnie rzutują na możliwą do skalkulowania marżę zysku. Co więcej, Inneko pomija fakt, że oferty składane w 2020 r. i w ramach zamówień „uzupełniających” musiały być uzgodnione przez przystępującego ze swoim konsorcjantem, czyli właśnie Inneko. Niestety dla przystępującego, jeżeli jego konsorcjant jest mniej konkurencyjny cenowo (gdyż ma na przykład wyższe koszty działalności), to oferowana cena musi być wyższa, niż w przypadku możliwości samodzielnego złożenia oferty przez przystępującego. Co ciekawe, Inneko przywołując kwestię negocjacji ceny na potrzeby zamówień „uzupełniających” pomija fakt, że to wyłącznie z jej inicjatywy (Inneko), i z jej potrzeb, doszło do złożenia wyższej oferty cenowej niż ta z 2020 r. Co równie ciekawe, Inneko ze swoją inicjatywą podwyższenia ceny w ramach zamówień „uzupełniających” wystąpiło po tym, jak w niniejszym postępowaniu nastąpiło otwarcie ofert i okazało się, że jest realna szansa (ryzyko), że nie będzie realizować jakiegokolwiek części zamówienia. Innymi słowy, wywody Inneko w zakresie porównania cen z różnych ofert, składanych w odmiennych realiach rynkowych, nie mogą mieć jakiegokolwiek znaczenia dla oceny tego, czy zaoferowana przez przystępującego w niniejszym postępowaniu cena jest rażąco niska. Zdecydowanie bardziej o realności

aktualnej ceny oferowanej przez przystępującego mówi fakt, że różnice między jego ofertą, a ofertą drugiego z potencjalnych wykonawców (dla każdego sektora) są nieznaczne. Oferta przystępującego jest niższa o ok. 2% od oferty kolejnego wykonawcy w sektorze I, o niespełna 1% w sektorze II oraz o ok. 5% w sektorze III. Są to tak nieznaczne różnice, że nie powinno budzić wątpliwości, że ceny zaoferowane przez przystępującego muszą mieć charakter rynkowy. Tym bardziej gdy uwzględnimy fakt, że dysponuje on już wszystkimi pojemnikami potrzebnymi do wykonania całej usługi, których wartość rynkowa zakupu wynosiłaby ok. 6.500.000,00 zł dla wszystkich trzech sektorów łącznie. Różnica w kwocie ofertowej między przystępującym, a drugim w kolejności wykonawcą w trzech sektorach łącznie wynosi ok. 7.500.000,00 zł. Od tego pozostałego (po odjęciu wartości pojemników) 1 mln zł różnicy należałoby jeszcze odjąć koszt rozstawienia pojemników (w sektorze II i w większości sektora I), który to koszt przystępujący już poniósł w ramach poprzedniego kontraktu z zamawiającym (tego z 2020 r.). Realna zatem różnica między najbardziej konkurencyjnymi ofertami wykonawców wynosi kilkaset tysięcy złotych na zamówieniu publicznym wartym według oferty przystępującego prawie 173.000.000,00 zł, a więc ok. 0,5% tej kwoty.

Zachowując strukturę kalkulacji ze swoich wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępujący wyjaśnia, tak jak zaznaczono to już wyżej, że jest aktualnym wykonawcą (w konsorcjum) usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz zamawiającego, a dzięki temu ma pełną wiedzę co do logistyki i faktycznych danych źródłowych w zakresie odbioru (wywozu) odpadów komunalnych z sektorów I i II. Nie dość bowiem, że realizuje te czynności samodzielnie na większości terenu (całkowicie w sektorze II i w większej części sektora I), to ma on dostęp do odpowiednich danych podwykonawcy, który odbiera odpady z dwóch spośród pięciu gmin tworzących sektor I.

Na tej podstawie przystępujący (stosowne dowody w tym zakresie przystępujący przedstawi na rozprawie) może stwierdzić, że do realizacji usługi na wszystkich sektorach łącznie w żadnym wypadku nie potrzeba więcej niż 28 pojazdów. Oczywistym jest przy tym, że przewidziana przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej minimalna liczba pojazdów jest na pewno niewystarczająca. Minimalna liczba pojazdów przy której świadczenie usługi byłoby realne nie może być w żadnym razie mniejsza niż 24 pojazdy. Obecnie w całym sektorze I i II usługa realizowana jest średniodziennie 17 pojazdami, zaś obsługa sektora III jest mniej wymagająca niż sektora II – sektory te jak wynika z danych podanych w dokumentacji przetargowej są bardzo podobne, potwierdza to zresztą nawet „biegły”.

Pomimo tego przystępujący z daleko idącej ostrożności skalkulował aż 30 pojazdów do realizacji usługi, z czego 20 to śmieciarki, 8 to pojazdy bez funkcji kompaktującej (busy), 1 HDS i 1 pojazd do miejsc trudno dostępnych od DMC < 3,5 tony.

Nie jest prawdą twierdzenie Konsorcjum, że pojazdy przewidziane do realizacji usługi na rzecz zamawiającego nie mogą być wykorzystywane do odbioru odpadów z różnych sektorów (punkt 2.13 odwołania Konsorcjum, strona 8). Taki zakaz nie wynika z dokumentacji przetargowej. Z dokumentacji przetargowej wynika jedynie, że w ramach jednej trasówki (w jednej partii transportowej odpadów – według nomenklatury zamawiającego) nie można odbierać odpadów z różnych sektorów (przystępujący dla weryfikacji prawidłowości jego stanowiska odsyła do punktu VII OPZ, w szczególności punktu VII.15 oraz § 10 ust. 1 pkt 21 wzoru umowy). Tym samym, jeżeli dany pojazd w dniu x odbierał odpady z sektora II i przekazał je odpowiedniemu podmiotowi w zakresie gospodarki tymi odpadami, to w tymże dniu – dniu x, może on ponownie wyjechać odebrać odpady (po zważeniu pojazdu, choćby w punkcie przekazania odpadów) z dowolnego sektora Związku Celowego Gmin MG-6. W ten oto sposób ten sam pojazd może w danym dniu realizować usługę na dwóch, a nawet trzech sektorach, przy czym ta ostatnia sytuacja jest mało realna dla odpadów zmieszanych, czy bioodpadów.

W konsekwencji przyjęcia przez Konsorcjum rzeczzonego, błędnego założenia, błędna jest również jego teza, że przystępujący zaplanował realizację sektora I z wykorzystaniem 9 pojazdów. Wiedza o tym, że przystępujący w kalkulacji wycenił korzystanie z 30 pojazdów dla wszystkich sektorów łącznie, i 21 pojazdów dla dwóch sektorów (sektora II i III) nie pozwala w logiczny sposób ustalić ile dokładnie pojazdów przystępujący dedykował średniodienne do obsługi sektora I. Wartość ta nie wynika w żaden sposób z różnicy w liczbie pojazdów przewidzianych do realizacji większego zamówienia względem liczby dla mniejszego zamówienia. Dla podmiotu branżowego oczywistym powinno być, że realizacja mniejszego ilościowo zamówienia (co do strumienia odpadów) w stosunku do większego skutkuje nieproporcjonalną strukturą potrzebnych pojazdów. W większym zamówieniu możliwe jest zwiększenie wykorzystania pojazdów dzięki usprawnieniu logistyki przewozowej.

Argumentacja Konsorcjum obarczona jest także błędem w zakresie załącznika nr 5 do odwołania. Konsorcjum zakłada, że pojazd podczas jednej trasówki (jednego dnia roboczego) nie odbierze odpadów z więcej niż 500 punktów wywozowych (PW). Tymczasem przystępujący aktualnie w ramach jednej trasówki (mieszczącej się w normalnym 8h dniu pracy) w sektorze I odbiera odpady z nawet ok. 750 PW. Rzeczony błąd skutkuje znacznym zawyżeniem liczby potrzebnych „kursów” do odbioru odpadów poszczególnych frakcji, a tym samym finalnie liczby niezbędnych pojazdów. Dla przykładu, w zakresie odpadów zmieszanych oznacza to, że przy wydajności 700 PW, zamiast 500 PW, liczba kursów potrzebnych do odebrania wszystkich odpadów w ramach jednego cyklu (jednokrotnej częstotliwości) spadnie z 24 kursów do 17,1 kursów. W przeliczeniu na miesiąc okaże się, że zamiast 95,9 kursów przystępujący musi wykonać tylko 68,5 kursów. Średniodziennie zatem

(przy 21 dniach roboczych w miesiącu) przystępujący potrzebuje 3,3 pojazdów, a nie jak wskazuje Konsorcjum 4,6 pojazdów. Stosując analogiczne wyliczenie do bioodpadów oraz szkła, papieru i tworzyw sztucznych wychodzi, że średniodziennie do odbioru ich całego strumienia w jednym cyklu potrzeba (odpowiednio) nie 2,7 pojazdów, a tylko 2 pojazdów oraz nie 2,3 pojazdów, a 1,6 pojazdu. W konsekwencji minimalna łączna liczba pojazdów przy właściwych założeniach w modelu Konsorcjum wynosi równe 9 pojazdów, zamiast 11,7 pojazdów.

Co paradoksalne, to nawet pomijając przeliczenie kosztów wskazanych w załączniku nr 6 do odwołania Konsorcjum zgodnie z rzeczywistym zapotrzebowaniem (zaangażowaniem) taborowym, z wyliczenia Konsorcjum wynika, że przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Konsorcjum wyliczyło bowiem, że całkowity koszt świadczenia usługi przez 36 miesięcy na sektorze I to 37.324.954,17 zł netto, zaś oferta przystępującego to tylko 36.503.235,24 zł netto (przy czym przy założonym przez Konsorcjum średnim poziomie paliwa zastosowanie znajdzie klauzula waloryzacyjna wysokość wynagrodzenia o 0,9%). Sęk w tym, że Konsorcjum w wyliczeniach kosztów uwzględniło marżę zysku na stałym poziomie – 3%, co daje kwotę 1.087.135,00 zł netto. Jeżeli tę kwotę odejmiemy od ceny ofertowej przystępującego, to okaże się, że zdefiniowane przez Konsorcjum koszty to jedynie 36.237.819,17 zł netto. Jest to kwota przecież niższa niż cena ofertowa przystępującego.

Przystępujący, uprzedzając nieco fakty zaznacza, że w kalkulacji Konsorcjum (co zostało powielone za błędem „biegłego”) koszty zagospodarowania odpadów zostały znacznie zawyżone w ujęciu globalnym (i to przyjmując nawet, że ceny z oferty Inneko podane były w kocie netto, a nie brutto). Koszt zagospodarowania odpadów netto na cały kontrakt w sektorze I wyniesie 20.161.108,95 zł netto, a nie 23.184.817,88 zł netto jak przyjęło Konsorcjum.

Wyliczenia Konsorcjum zawierają jeszcze inne błędy, choćby koszty nabycia pojemników. Przystępujący, jak wskazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, dysponuje już kompletem wszystkich potrzebnych pojemników, a co więcej ma już je rozstawione w trzech spośród pięciu gmin sektora I.

Przechodząc do odwołania Inneko w zakresie rażąco niskiej ceny przystępujący zaznacza na wstępie, że wyliczanie „ceny jednostkowej (łącznej)”, „ceny jednostkowej (zagospodarowanie)” oraz „ceny jednostkowej (odbiór i transport)”, co Inneko czyni na stronach 13-17 swojego odwołania, jest bezcelowe. Opiera się on na „uśrednionych” cenach zagospodarowania, które zostały wyliczone niezgodnie z cenami właściwymi dla przystępującego. Ceny właściwe dla przystępującego w zakresie poszczególnych frakcji odpadów określają załączniki nr 15-22 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oferty instalacji komunalnych i innych podmiotów posiadających odpowiednie zezwolenia w zakresie gospodarki odpadami), które częściowo zostały uwzględnione w szczególności w tabeli nr 14

na stronie 14 wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz tabeli nr 1 dodatkowych wyjaśnień, przy uwzględnieniu logistyki przekazywania odpadów właściwym podmiotom opisanej w pytaniu 7 dodatkowych wyjaśnień. Uprzedzając fakty przystępujący wskazuje, że nawet przyjmując iż ceny zagospodarowania odpadów przez Inneko w ich ofercie były cenami netto, to łączny koszt zagospodarowania wszystkich frakcji odpadów ze wszystkich sektorów w całym okresie podstawowym przez Inneko (z wyłączeniem jednak papieru i tworzyw sztucznych, które zostaną zagospodarowane w myśl tabeli 14 wyjaśnień rażąco niskiej ceny) jest i tak niższy niż koszt zagospodarowania tych odpadów w całości w Inneko przyjmując, że cena podana w ich ofercie była jednak ceną brutto (tak jak założył wstępnie przystępujący). Różnica ta w skali całego kontraktu wyniesie 3.694.144,55 zł netto. Oznacza to, że przystępujący nawet przy przyjęciu tak jak sugeruje Inneko cen z ich oferty na poziomie netto osiągnie większy zysk (o rzeczony 3,69 mln zł netto), niż podał w tabeli nr 10 na 10 stronie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie i tak wynikał już dla niego zysk na całym kontrakcie. Odnosząc te uwagi natomiast do tabeli nr 24 na przedostatniej stronie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wychodzi, że zysk tam wskazany na całym kontrakcie łącznie spadnie co prawda o 5.309.517,14 zł netto, to jednak przy skali zysku tam wyliczonej, taki koszt nie zagraża w najmniejszym stopniu rentowności kontraktu. Jest to kwota, rzeczony 5,3 mln zł netto, mniejsza nawet od zaplanowanego zysku na każdym sektorze z osobna.

Ponadto w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przystępującego i dodatkowych wyjaśnień, bezcelowe było także wyliczenie przez Inneko „szacowanego kosztu transportu odpadów” (wyliczenia na stronie 16-17 odwołania) – koszt ten w ogóle nie powstanie.

Przechodząc do kwestii możliwości zagospodarowania odpadów w instalacji Inneko oraz wynikających z tego kosztów dla przystępującego, w pierwszej kolejności przystępujący pragnie zaznaczyć, że nieprawdą jest, że załącznik nr 15 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oferta Inneko) nie stanowi oferty, jak to w swym odwołaniu próbuje teraz uzasadniać Inneko. Pytanie o charakter prawny i aktualność tego załącznika zamawiający zadał Inneko 10 lutego br. (a więc miesiąc po otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu). Inneko jeszcze tego samego dnia udzieliło zamawiającemu jednoznacznej i wyraźnej odpowiedzi. Inneko potwierdziło wprost, że „28 grudnia 2021 r. wysłaliśmy za pośrednictwem poczty elektronicznej ofertę cenową na zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów - zgodnie z OPZ dotyczącym ww. zamówienia publicznego [przedmiotowego zamówienia]”, i dalej „Przedstawiona przez nas oferta nie została przez nas odwołana”. Co więcej, prośba przystępującego do Inneko o podanie oferty cenowej na zagospodarowanie odpadów była jasna. Inneko doskonale przy tym wiedziało w jakim celu i na jakie potrzeby przystępujący potrzebował tej oferty. Wreszcie Inneko doskonale zdawało sobie sprawę z tego, że przystępujący na podstawie tej oferty sporządzi swoją ofertę w niniejszym postępowaniu. Twierdzenie Inneko zawarte w odwołaniu, iż nie składał przystępującemu oferty na

zagospodarowanie odpadów komunalnych w zaistniałym kontekście sytuacyjnym (przy zastosowaniu art. 65 kodeksu cywilnego), jak i dalej idące twierdzenie, że może nie przyjąć od przystępującego odpadów komunalnych z terenu Związku Celowego Gmin MG-6, a w szczególności z terenu samego Gorzowa Wielkopolskiego, musi zostać uznane jako nadużycie prawa podmiotowego (w myśl art. 5 kodeksu cywilnego) i jednocześnie jako perfidny czyn nieuczciwej konkurencji (w myśl art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Analogiczne spostrzeżenie należy poczynić także względem problemu czy ceny podane w ofercie Inneko (załącznik nr 15 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) są kwotami netto, czy brutto. Zgodnie z ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług Inneko zobowiązana była w swojej ofercie uwzględnić podatek VAT. Jest to obowiązek wynika z bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Co więcej orzecznictwo sądowe jest w tej materii ugruntowane. Jeżeli przedsiębiorca chce przedstawić cenę netto, to jest zobligowany uczynić to wprost. Zresztą absurdalne jest założenie, że przystępujący z uwagi na wcześniejszą współpracę, gdzie zawsze jednoznacznie określono w dokumentach kwestie netto, brutto danej ceny, miałby się domyślić, że jednak Inneko chciała zaoferować cenę netto.

Co więcej, jeżeli ceny z oferty Inneko miałyby być cenami netto, to znacząco odbiegałyby od warunków rynkowych, i to tylko przy uwzględnieniu cen na lokalnych instalacjach komunalnych. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że każde działanie Inneko w tej materii jest cynicznie ukierunkowane na utrudnienie przystępującemu zawarciu z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym, że do dzisiaj przystępujący nie otrzymał nigdy od Inneko odwołania rzeczony oferty to niniejszym zgodnie z art. 662 kodeksu cywilnego przyjmuję ją, celem uniknięcia wątpliwości co do ziszczenia się dyspozycji art. 682 kodeksu cywilnego.

Przystępujący czuje się przy tym zobligowany żeby wyjaśnić Inneko, która zarzuciła przystępującemu brak znajomości branżowych przepisów prawa dotyczących zniesienia regionalizacji w zakresie gospodarki odpadami, iż obowiązek przyjęcia odpadów z terenu Gorzowa Wielkopolskiego przez innego nie jest konsekwencją regulacji branżowych, lecz istotniejszej regulacji z publicznego punktu widzenia. Mianowicie, zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym i ustawą o gospodarce komunalnej, której Inneko – jako spółka komunalna (spółka ze 100% udziałem jednostki samorządu terytorialnego – Gorzowa Wielkopolskiego) – jest adresatem, spółka komunalna (spółka gminna) może realizować tylko i wyłącznie zadania własne gminy, która jest jej właścicielem. Gospodarka odpadami komunalnymi pochodzącymi z publicznego systemu (Gorzów Wielkopolski przekazał kompetencje w tym zakresie zamawiającemu) jest niewątpliwie zadaniem własnym gminy będącej jednoosobowym właścicielem Inneko. Przyjmowanie odpadów z Warszawy przez Inneko (na którą to możliwość powołuje się ta spółka w odwołaniu) nie jest zadaniem

własnym Gorzowa Wielkopolskiego. Przyjęcie odpadów komunalnych spoza terenu Związku Celowego Gmin MG-6 byłoby możliwe tylko w ramach art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej. W praktyce byłoby to możliwe tylko gdyby wykonawca wyłoniony przez zamawiającego nie godził się na skierowanie strumienia odpadów do Inneko. Taka sytuacja, przynajmniej na razie, nie ma miejsca. Wydawałoby się, że osoby zarządzające Inneko powinny zdawać sobie doskonale sprawę w jakich realiach ustrojowych funkcjonują.

Całkowicie niezrozumiałym dla przystępującego jest argumentacja Inneko przedstawiona od strony 19 odwołania. Inneko wskazuje, że przystępujący załączonymi dowodami do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wykazał w jaki sposób czynniki tam wskazane wpływają na obniżenie jego kosztów. Przystępujący musi przyznać w tym zakresie rację Inneko. Nie ma to jednak najmniejszego znaczenia w kontekście kalkulacji ceny przystępującego. Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wielokrotnie zaznaczył, że kalkulowane przez niego poszczególne koszty rodzajowe są przyjmowane w wysokościach wyższych niż wynika to z otrzymanych przez niego ofert od obecnych lub potencjalnych kontrahentów, z zawartych przez niego umów o pracę, czy wreszcie z aktualnych faktur kosztowych. Po co w takim przypadku przystępujący miałby wykazywać, że załączone przez niego dokumenty do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wpływają na obniżenie poszczególnych kosztów? Dokumenty te potwierdzają po prostu realność przyjętych kosztów. Najbardziej dobitnym przykładem jest tutaj cena jednostkowa paliwa. Przystępujący przyjął ją na poziomie 4,95 zł netto (strona 8 wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Dodatkowo przystępujący przyjął 20% bufor w ogólnych kosztach paliwach (także strona 8 rzeczonych wyjaśnień). Gdyby ten bufor przeliczyć nie na wartość globalną paliwa, ale na cenę jednostkową za litr, to okaże się, że przystępujący zaplanował przez cały okres kontraktu cenę litra paliwa na poziomie 5,94 zł netto (paradoksalnie jest to cena niemalże zbieżna z tą jaką „biegły” założył w wariantcie „realnym” „analizy”). Faktury zakupowe paliwa, które przystępujący załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, aktualne na tamtą chwilę, przewidywały cenę 4,75 zł netto za litr.

Jeśli zaś chodzi o uwagi Inneko do poszczególnych załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to:

- 1) ceny nabycia pojazdów są nadal aktualne na takim poziomie jak wynikało to z przedłożonych dokumentów,
- 2) oświadczenie o oszczędnościach wynikających z wdrożenia systemu RFID jest podpisane, przy czym przystępujący w żaden sposób nie skalkulował w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny potencjalnych oszczędności z tego tytułu, co potwierdził również w dodatkowych wyjaśnieniach (pytanie 2),
- 3) ceny zakupu odzieży roboczej są nadal aktualne,
- 4) koszty naprawy pojazdów i wulkanizacji są nadal aktualne,
- 5) cena prania odzieży jest nadal aktualna,

- 6) cena mycia pojazdów jest nadal aktualna,
- 7) kwestię ceny jednostkowej litra paliwa wyjaśniono już powyżej,
- 8) z przedłożonych umów o pracę (dwóch przykładowych) oraz listy płac wynika wprost jaka jest wysokość wynagrodzenia u przystępującego, przy czym z tabeli numer 6 (strona 9) wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika również wprost jakie wynagrodzenia przyjął przystępujący na potrzeby przedmiotowego zamówienia (są to wynagrodzenia wyższe, niż faktycznie wymagane przez przepisy prawa, i to znacznie), przy czym wysokość tych wynagrodzeń jest aktualna, i przystępujący nie odczuwa presji płacowej ze strony pracowników, zapewne dlatego, że stanowisko ładowacza nie wymaga żadnych szczególnych kwalifikacji, a osoby na nim pracujące są niestety łatwo zastępowalne.

Finalnie przystępujący pragnie zaznaczyć, iż całkowicie nierozumienie twierdzeń obu odwołujących, że przygotowane przez niego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są lakoniczne, zdawkowe, czy nieprecyzyjne. Wyjaśnienia te odnoszą się do każdego kosztu rodzajowego niezbędnego do prawidłowego świadczenia usługi, oparte są na rzeczywistych kosztach ponoszonych aktualnie przez przystępującego w związku z świadczeniem usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz zamawiającego od 2020 r., z uwzględnieniem jednak bezpiecznych buforów na pokrycie ewentualnego wzrostu poszczególnych kosztów w przyszłych latach, a nadto wszystkie koszty wyjściowe zostały przyjęte na rynkowym poziomie. Dokumenty stanowiące załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny są jednoznaczne w swej treści i w przeważającej mierze stanowią albo oferty handlowe aktualnych lub potencjalnych kontrahentów przystępującego, albo są dokumentami księgowymi, które uwiarygodniają aktualnie ponoszone przez przystępującego koszty świadczenia usługi. Co więcej, różnica ofert cenowych między drugimi w kolejności wykonawcami (czyli właściwie odwołującymi – Inneko i Konsorcjum) jest nieznaczna, pomijalna.

Tak jak zasygnalizowano na początku tego wątku, przystępujący na zakończenie prezentacji swojego stanowiska zamierza odnieść się do „analizy” „biegłego”, gdyż przyjęcie w jej ramach prawidłowych założeń i poprawienie błędnych wyliczeń pozwala uznać, że zaoferowana przez przystępującego cena ofertowa jest realna i wystarczająca (gwarantuje mu zysk).

Przystępujący zamierza odnosić się tylko do wydania 3 „analizy”. W związku z tym, że jest to najmniej korzystny dla niego wariant wyliczeń, to uznaje, że logicznym jest założenie, iż jego „poprawienie” w sposób potwierdzający rentowność kontraktu niweczy jakiegokolwiek dalsze zarzuty co do rażąco niskiej ceny.

Przystępujący zaznacza, że model przyjęty przez „biegłego” nie deprecjonuje w żadnej mierze sposobu wyliczeń zaprezentowanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Są to po prostu niejako alternatywne względem siebie modele.

Odnosząc się do wariantu „realnego” „analizy” przystępujący wskazuje, iż choć zawiera on kilka błędów, to wystarczające dla potrzeb udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest zmodyfikowanie następujących założeń teoretycznych, które nie są rzeczywiste w przypadku terenu Związku Celowego Gmin MG-6.

Rzeczywista ładowność pojazdów odbierających poszczególne frakcje odpadów jest na zgoła odmiennym poziomie niż wyliczył to „biegły”. „Biegły” przyjął, że jedną śmieciarką (pojazdem bezpylnym) średniodziennie przystępujący jest w stanie odebrać i przetransportować 7,9 tony odpadów zmieszanych, 8,5 tony bioodpadów oraz 4,2 tony w przypadku pozostałych odpadów zbieranych selektywnie. Wynika to z tabeli „założenia ogólne do obliczeń” i kolumn „pojemność” oraz „gęstość odpadów”, a także tabel „kalkulacja kosztów odbierania odpadów w części 1 [oraz odpowiednio „części 2” i „części 3”], poprzez odpowiednie działania matematyczne na wartościach znajdujących się w kolumnach „max. Ilość odpadów przewiezionych przez jeden pojazd mies. Mg”, „liczba pojazdów” i „ilość kursów na pojazd”.

Tymczasem w rzeczywistości śmieciarka przystępującego przewozi (odbiera i transportuje) średniodziennie 10,16 ton odpadów zmieszanych oraz 9,62 ton bioodpadów. Wartość w zakresie pozostałych odpadów zbieranych selektywnie jest taka sama jak przyjął „biegły”.

Parametry te przekładają się wprost na liczbę śmieciarek potrzebnych do obsługi każdego z sektorów. Podstawiając te współczynniki do wielkości strumienia odpadów wskazanych w tabeli „miesięczna ilość odpadów komunalnych” i kolumny właściwej dla danego sektora, wychodzi, że do przewiezienia w danym miesiącu kalendarzowym w sektorze I wszystkich odpadów zmieszanych potrzebnych jest 3,4 pojazdów (732 tony średniomiesięcznie odpadów zmieszanych podzielone przez 10,16 tony ładowności śmieciarki i przez 21 dni roboczych) zamiast wskazanych przez „biegłego” 5 pojazdów, a bioodpadów 1,45 pojazdów (438 tony średniomiesięcznie bioodpadów podzielone przez 9,62 tony ładowności śmieciarki, 1,5 trasówki – założenie „biegłego” w tym sektorze i przez 21 dni roboczych), zamiast przyjętych przez „biegłego” 2 pojazdów. W sektorze II będzie to 2,30 pojazdów dla odpadów zmieszanych zamiast 3 pojazdów wyliczonych przez „biegłego” i 0,63 pojazdu zamiast 1 wyliczonego przez „biegłego”. Natomiast w sektorze III odpowiednio 2,55 pojazdów zamiast 4 pojazdów i 0,78 pojazdu zamiast 1 pojazdu.

Dodatkowo wyjaśnić należy, że w przypadku pozostałych odpadów zbieranych selektywnie „biegły” przez przyjęty współczynnik dzieli zawyżony miesięczny strumień odpadów. W sektorze 1 jest bowiem 325 ton średniomiesięcznie takich odpadów, zaś „biegły” przyjmuje ich 347,55 ton (tabela „obliczenie kontrolne niezbędnej ilości odpadów”), w sektorze drugim jest 373 ton, a „biegły” bierze pod uwagę 380,1 ton, w sektorze III jest 371 ton, zaś „biegły” przyjmuje 449,40 ton. To przekłada się nieznacznie na liczbę wymaganych śmieciarek w

pojedynczo rozpatrywanym sektorze, ale już we wszystkich trzech sektorach łącznie okazuje się, że daje to jedną śmieciarkę mniej.

Aktualizacja liczby śmieciarek dla wszystkich sektorów wedle powyższych wyliczeń oznacza, że zamiast łącznie 23 śmieciarek wystarczające będzie 18 śmieciarek (dokładnie 17,11). Zważywszy, że w wyliczeniach „biegłego” wszystkie koszty wywozu zależą od liczby śmieciarek (ta determinuje liczbę pracowników, sumę ich wynagrodzeń, wielkość narzutów, itd. – zgodnie z pierwszym wierszem tabeli „wycena usług odbierania odpadów na 1 pojazd i wszystkich pojazdów”).

W konsekwencji koszty przypisane przez „biegłego” do śmieciarek zostały zawyżone o ok. 22% (5 śmieciarek z 23 śmieciarek). Koszt śmieciarek w sektorze I wynosi 346.777,00 zł netto (kolumna „koszty razem” tabeli „wycena usług odbierania odpadów na 1 pojazd i wszystkich pojazdów”) z 389.976,99 zł netto kosztów wszystkich pojazdów, w sektorze II wynosi 243.649,34 zł netto z 345.598,77 zł netto kosztów na wszystkie pojazdy, a w sektorze III wynosi 248.471,58 zł netto z 307.238,30 zł netto kosztów na wszystkie pojazdy. Przystępujący odnosi się w tym wypadku do kwot netto, gdyż w kwotach podanych w brutto „biegły” ował wynagrodzenia za pracę i narzuty na nie, co przecież nie może mieć miejsca oraz powiększył wartości z kolumny „koszty razem” o zysk na z góry zdefiniowanym poziomie, który przecież nie powinien być kosztem stałym, lecz powinien wynikać z różnicy należnego wynagrodzenia i kosztów działalności.

Przystępujący pomija już przy tym kwestionowanie poziomu waloryzacji wynagrodzeń pracowników w kolejnych latach który przyjął „biegły”. Przystępujący zaznacza tylko, że mimo tego, że mamy już prawie połowę roku, to nie spotkał się jeszcze z presją płacową ze strony swoich pracowników, która skutkowałaby koniecznością przyjęcia wyższych wynagrodzeń niż wskazane przez niego w tabeli 6 na stronie 9 wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Innymi słowy, w przypadku przystępującego nie istnieje potrzeba dokonywania waloryzacji wynagrodzeń w kolejnych latach kontraktu, tak jak uczynił to „biegły”.

Przystępujący pomija także przeliczenie zawyżonych przez „biegłego” kosztów pojazdów, wskaźnika absencji, ubezpieczeń, narzutów ogólnozakładowych i narzutów ogólne zarządu. Bazując zatem wyłącznie na przeliczeniu kosztów wywozu odpadów netto w zakresie zawyżonych kosztów śmieciarek (wynikających z zawyżenia liczby pojazdów i stosunku kosztów śmieciarek do kosztów wszystkich pojazdów), przystępujący wskazuje, że wartość przyjęta przez „biegłego” w tabeli „miesięczne koszty wywozu” w wierszu „suma kosztów bezpośrednich miesiąc” zawyżona jest zatem o ok. 15%. Tym samym, roczny koszt wywozu odpadów netto ze wszystkich sektorów w pierwszym roku powinien wynosić 12.182.806,80 zł netto zamiast 14.322.713,80 zł netto, w drugim roku 12.900.187,70 zł netto zamiast 15.176.691,40 zł netto, i w trzecim roku 13.550.686,70 zł netto zamiast 15.941.984,40 zł

netto. Łączny koszt wywozu odpadów przez cały okres podstawowy zamówienia to 38.633.681,20 zł netto.

„Biegły” z niewiadomych przyczyn w koszcie zagospodarowania odpadów przyjął tylko najprostszy wariant ich zagospodarowania, ale i zarazem najdroższy (jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Gdyby, tak jako to już wskazano wcześniej, „biegły” przyjął koszt zagospodarowania odpadów w opisaną przez przystępującego wersję optymalizacyjną, tj. przy założeniu, że do Inneko nie trafiają tylko odpady z papieru i tworzyw sztucznych, to łączny koszt zagospodarowania odpadów w okresie podstawowym wyniósłby 71.721.743,79 zł netto. Przy zastosowaniu wariantu, w którym odpady zagospodarowywane są całkowicie poza Inneko (w sposób zaprezentowany w tabeli 1 dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co zarazem nie wymaga korzystania ze stacji przeładunkowej w zakresie odpadów zmieszanych i bioodpadów, a co za tym idzie ponoszenia dodatkowych kosztów transportu) koszt ich zagospodarowania w okresie podstawowym wyniesie tylko 66.405.954,49 zł netto.

Przyjmując koszt worków i pojemników w taki sposób jak uczynił to biegły, z tym że według wartości netto, czyli w wysokości 1.819.326,75 zł (worki) i 458.736,64 zł (pojemniki), koszt wywozu odpadów na poziomie 38.633.681,20 zł netto i zagospodarowania odpadów na poziomie 71.721.743,79 zł netto, to łączna wysokość kosztów świadczenia usługi wyniesie 112.633.488,38 zł netto, gdy tymczasem oferta cenowa przystępującego to 114.200.387,94 zł netto.

Na koniec konieczne jest poczynienie jeszcze dwóch istotnych uwag.

Po pierwsze w wariantcie „realnym” „analizy” koszty pracownicze i koszty pojazdów są przyjęte na nierealnym dla rynku lubuskiego poziomie i w nieadekwatny sposób dla sytuacji przystępującego. Podstawiając tylko w tych pozycjach wartości z wyjaśnień rażąco niskiej ceny (czy nawet prościej, wartości z wariantu „niskiego” „analizy”), to koszt usługi wywozów odpadów spadnie do niespełna 34.000.000,00 zł netto, a więc o ponad 4,5 mln zł netto. Łączny koszt świadczenia usługi wyniesie wtedy zamiast 112.633.488,38 zł netto trochę ponad 108.100.000,00 zł netto, co przy najkorzystniejszym wariantcie zagospodarowania odpadów (z całkowitym pominięciem Inneko, ale bez konieczności wykorzystania stacji przeładunkowej dla odpadów zmieszanych i bioodpadów – tabela nr 1 dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny) spowoduje spadek łącznego kosztu świadczenia usługi do zaledwie ok. 102.800.000,00 zł netto.

Po drugie, skoro „biegły” przyjął średnią cenę jednostkową litra paliwa w całym kontrakcie na poziomie 6,00 zł netto, to taki stan rzeczy uruchamia od 1 stycznia 2023 r. klauzulę waloryzacyjną wynagrodzenia przystępującego w myśl § 13 ust. 6 pkt 1. lit. e) wzoru umowy. Przyjmując, że realizacja umowy nastąpi od 1 lipca br. (co jest nierealne), czyli że przystępujący będzie musiał czekać aż 6 miesięcy na uruchomienie waloryzacji, a później

przez 30 miesięcy będzie otrzymywał wynagrodzenie powiększone o 2%, to łączne wynagrodzenie netto przystępującego wyniesie 116.103.728,00 zł netto.

W konkluzji wskazanych odpowiedzi podkreślił, że „W tym stanie rzeczy stanowisko przystępującego jest w pełni uzasadnione, zatem (...) odwołania podlegać powinny (...) oddaleniu w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie podlegają odrzuceniu, a wnoszący odwołanie wykonawcy posiadali i posiadają wymaganą art. 505 ustawy Pzp legitymację procesową do wniesienia tych odwołań.

Izba w odniesieniu do odwołania o sygn. akt: KIO 992/22 wniesionego przez Odwołującego Inneko (wykonawca INNEKO) w zakresie części II i III nie uwzględniła wniosku Przystępującego wykonawcy Komunalnik o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, który wskazując na taką podstawę wywodził, że odwołanie wniósł podmiot nieuprawniony. Wskazał, że Odwołujący 1 - wykonawca INNEKO złożył samodzielnie ofertę w zakresie części II i III. W zakresie części I ten wykonawca złożył także ofertę w ramach Konsorcjum – jako jego Lider wspólnie z Partnerem - ALBAR Wywóz Nieczystości W. L. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim. Powyższe narusza zdaniem Przystępującego wykonawcy, postanowienia rozdz. XVI pkt 1 str 19 SWZ, zgodnie z którym wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę. Tym samym wykonawca składając dwie oferty jest nieuprawniony do wniesienia odwołania, oferta bowiem złożona przez wykonawcę samodzielnie i oferta z jego udziałem w ramach Konsorcjum podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 Pzp, względnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z pkt XVI.1 SWZ.

Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia został podzielony na 3 rozłączne i niezależne względem siebie części, a mianowicie:

1) część I – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora I, który zgodnie z OPZ, rozdział IV pkt. 2 obejmuje gminy wiejskie: (...) łącznie 12 062 Punktów Wywozowych (PW)

- 2) część II – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora II, który obejmuje teren miasta Gorzów Wielkopolski;
- 3) część III – obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora III, który obejmuje teren miasta Gorzów Wielkopolski.

Odwołujący 1- wykonawca INNEKO wniósł odwołanie w zakresie części II i III, a Odwołujący 2 - Odwołujący EKO-MYŚL) - w zakresie części I odpowiednio do ofert, które zostały złożone przez tych wykonawców. Wykonawca INNEKO złożył samodzielnie ofertę w zakresie części II i III. W zakresie części I złożył także ofertę w ramach Konsorcjum – jako jego Lider wspólnie z Partnerem - ALBAR Wywóz Nieczystości W. L. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim. Zamawiający w dniu 1 kwietnia 2022 r. dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, we wskazanych trzech częściach i uznał w każdej z tych części za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (wykonawca PHU Komunalnik lub Przystępujący Komunalnik) i ten wybór we wszystkich trzech częściach zamówienia został zaskarżony w odwołaniach – odpowiednio, co do części - przez wymienionych Odwołujących. Zgodnie z rozdz. XVI pkt 1 str. 19 SWZ, wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę, co do części, które to części były rozłączne. Odwołujący 1 – wykonawca INNEKO złożył w części II i III tylko jedną ofertę. Także jedna oferta z jego udziałem została złożona w ramach Konsorcjum w części I. Izba zwraca uwagę, że do dnia 17 maja 2022 r. wskazane oferty nie zostały odrzucone. Również brak takiego odrzucenia nie był przedmiotem odwołania Przystępującego wykonawcy.

W świetle tych ustaleń Izba nie zgodziła się, co do podnoszonych przez Przystępującego podstaw odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 992/22 na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca Inneko w świetle postanowień SWZ – rozdziału XV pkt 1 - był uprawniony do złożenia ofert w sposób opisany powyżej, a zatem nie można mu przypisać braku uprawnienia do wniesienia odwołania w zakresie części II i III w zakresie których złożył samodzielnie ofertę.

Izba także nie uwzględniła wniosku Przystępującego wykonawcy, co do braku legitymacji procesowej Odwołujących (1 i 2) do wniesienia odwołań.

Przystępujący w pismach procesowych z dnia 13 maja 2022 r. podniósł „*Brak interesu do wniesienia odwołania i szkody po stronie obu odwołujących*”. W uzasadnieniu wskazał:

Sygn. akt: KIO 992/22

„*Jak to przystępujący podniósł już na posiedzeniu 27 kwietnia br. odwołujący I złożył równocześnie dwie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Jedna oferta, złożona przez*

niego samodzielnie obejmowała dwie części zamówienia (część II i III), a druga oferta, złożona tym razem w konsorcjum z Panem W. L., obejmowała jedną część zamówienia (część I). Taki sposób złożenia ofert był wprost sprzeczny z zasadą jednej oferty sformułowaną przez zamawiającego w punkcie XVI.1 SWZ.

Mając to na uwadze obie oferty odwołującego I muszą zatem zostać odrzucone w przedmiotowym postępowaniu w myśl art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 pzp, względnie w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z punktem XVI.1 SWZ.

Tym samym, interes odwołującego I w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jak i jego szkoda, mają wymiar wyłącznie pozorny. Nie sposób z kolei przyjąć, że pozorny (hipotetyczny) interes i szkoda może stanowić podstawę do przyznania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania wobec konkretnego zamówienia publicznego.

Jak się okazało już po rozprawie, również interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i szkoda odwołującego II mają wyłącznie wymiar pozorny. Odwołujący II nie uzupełnił bowiem na wezwanie zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, a tym samym jego oferta (na część I przedmiotowego zamówienia) także podlega odrzuceniu. W tym jednak wypadku zastosowanie znajdzie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp.

Przystępujący na potwierdzenie powyższego przedkłada pismo zamawiającego z 10 maja br., w którym zamawiający poinformował go, że odwołujący II nie złożył w wymaganym terminie podmiotowych środków dowodowych.

W obu przypadkach (odwołującego I i odwołującego II) konieczność odrzucenia ich ofert jest kwestią faktu, nie wymagającą dodatkowej oceny, czy interpretacji. To zaś oznacza, że wniesione przez nich odwołania w niniejszej sprawie podlegają oddaleniu, i to bez konieczności ich merytorycznego rozpoznawania”.

Izba, co do zarzutu braku legitymacji procesowej Odwołujących stwierdza, co następuje.

Odwołujący 1 (wykonawca Inneko) prawidłowo wskazał, że zaskarżone (...) czynności (względnie zaniechania) doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu”. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana w części II i części III na drugiej pozycji, zatem w przypadku odrzucenia oferty PHU Komunalnik Sp. z o.o. stałaby się ofertą najkorzystniejszą. Izba – podobnie jak w przypadku braku podstaw do odrzucenia odwołania tego wykonawcy – stwierdza, że wykonawca Inneko w świetle postanowień rozdziału XV pkt 1 SWZ był uprawniony do złożenia oferty w zakresie części I oraz oferty w zakresie części II i III w sposób opisany powyżej. Tym samym nie można mu przypisać braku uprawnienia do

wniesienia odwołania w zakresie części w zakresie których złożył samodzielnie ofertę (część II i III).

Podobnie Odwołujący 2 (Konsorcjum Eko_Myśl) prawidłowo wskazał, że (...) *ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert – w zakresie dotyczącym Części I zamówienia (odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora I). Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Komunalnik, co spowodowało, że w Postępowaniu została wybrana oferta, która powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę i która nie gwarantuje należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a dodatkowo Komunalnik nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem oraz zrealizowania zakładanego zysku. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania”.*

Wskazywany brak uzupełnienia przez Odwołującego 2 (...) *na wezwanie zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, a tym samym jego oferta (na część I przedmiotowego zamówienia) także podlega odrzuceniu. W tym jednak wypadku zastosowanie znajdzie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) pzp*” - oparty został na hipotetycznej podstawie, albowiem do dnia 17 maja 2022 r. nie nastąpiło odrzucenie oferty tego wykonawcy, ani nie została zaskarżona czynność zaniechania odrzucenia tej oferty. Podobnie, jak w przypadku odwołania wniesionego przez wykonawcę INNEKO.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Izba wniesione odwołania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skierowała do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Izba w odniesieniu do podniesionych w odwołaniach zarzutów uznała, na podstawie dokumentacji tego postępowania przedłożonej także na rozprawie, że odwołania podlegają uwzględnieniu w części.

W myśl art. 554 ustawy Pzp: *„2. W przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione”.*

Mając na uwadze wytyczną sformułowaną w art. 554 ust.2 Pzp w sentencji orzeczenia Izba wskazała, że za uzasadnione uznaje:

- w odwołaniu o sygn. akt: KIO 992/22 i sygn. akt: KIO 1016/22 zarzut naruszenia:

- d) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy – dotyczący cen w ofertach wykonawcy Komunalnik w zakresie części I, II i III oraz złożonych wyjaśnień;
- e) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 239 Pzp dotyczących niewykazania spełniania warunku udziału o którym mowa w rozdziale VIII punkt 1.3. lit. a) SWZ;

Także za uzasadniony Izba uznała podniesiony w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp dotyczącego braku decyzji na zagospodarowywanie odpadów o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie związanej z rozdziałem IV.1 OPZ .

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za nieuzasadnione, które to ustalenie dotyczy zarzutów podniesionych:

- w odwołaniu o sygn. akt: KIO 992/22 w zakresie naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu – jak podał Odwołujący 1 - zaniechania odrzucenia oferty PHU Komunalnik ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z tego powodu, że bazy magazynowo – transportowe nie spełniają wymogów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

- w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 w zakresie naruszenia:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zakresie którego Odwołujący 2 podał, że wykonawca Komunalnik w ofercie oświadczył, że zamierza zagospodarowywać odpady o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie podczas gdy wskazany podmiot nie prowadzi instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a w uzasadnieniu dodał: *„ani też nie posiada zezwolenia na zagospodarowanie odpadów”*.

b) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp) polegającego na błędnej ocenie oferty Komunalnik w kryterium oceny ofert rozdział XIX pkt. 5) Kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 % poprzez przyznanie wykonawcy Komunalnik maksymalnej liczby punktów (20 pkt) w tym kryterium w związku z oświadczeniem wykonawcy, że zrealizuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z wykorzystaniem 4 dodatkowych pojazdów spełniających normę EURO 6, względem ilości minimalnej wynikającej z Rozdziału VII ust.

22 OPZ, podczas gdy wykonawca Komunalnik nie posiada ww. pojazdów na dzień złożenia oferty.

Izba w odniesieniu do zarzutów, które uznała za uzasadnione i nakazując dokonanie czynności badania i oceny ofert miała z kolei na uwadze dyrektywę z art. 554 ust.1 pkt 1Pzp, w myśl której:

„ 1. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców (...).

Stosując powyższą wytyczną nakazała Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części I, II i III; b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach oraz c) odrzucenie oferty wykonawcy PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części I, II i III na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z jej art. 224 ust. 5 i 6 i w związku z art. 16 pkt 1 tej ustawy.

Wobec pozostałych uznanych za uzasadnione zarzutów Izba – mając na uwadze wskazaną regulację z art. 554 ust.1 pkt 1 Pzp – nie nakazała podjęcia w ramach badania i oceny ofert czynności wynikających z art. 128 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp. W tym przypadku skład orzekający Izby miał także na uwadze, w odniesieniu do wskazanego pod lit. b) naruszenia [art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 239 Pzp dotyczących niewykazania spełnienia warunku udziału o którym mowa w rozdziale VIII punkt 1.3. lit. a) SWZ] - dyrektywę z art. 128 ust.1 pkt 1 Pzp, w myśl której dodatkowe wezwania o dokumenty lub oświadczenia jest wyłączone w przypadku ofert, które podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie. Także ta reguła, zdaniem Izby, może mieć odpowiednie zastosowanie w przypadku możliwego żądania od wykonawcy wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust.4 Pzp, a która to procedura mogłaby mieć zastosowanie, co do zarzutu podniesionego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp) dotyczącego braku decyzji na zagospodarowywanie odpadów o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie związanej z rozdziałem IV.1 OPZ.

Reasumując, Izba uznała, że bezspornie obie oferty wykonawcy Komunalnik złożone na część I oraz część II i III podlegają odrzuceniu (na wskazanej podstawie prawnej) z uwagi

na stwierdzone przez Izbę okoliczności związane z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z jej art. 224 ust. 5 i 6 i w zw. z art. 16 pkt 1 tej ustawy, o czym mowa poniżej.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z jej art. 224 ust. 5 i 6 i w zw. z art. 16 pkt 1 tej ustawy w zakresie w jakim dotyczy zaniechania odrzucenia oferty PHU Komunalnik w części I, II i III zamówienia w związku z oferowanymi przez wykonawcę cenami oraz złożonymi przez tego wykonawcę wyjaśnieniami, co do tych cen na okoliczność ceny rażąco niskiej podlega uwzględnieniu z uwagi na następujące okoliczności:

Odwołujący Inneko w punkcie 2 odwołania wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty PHU Komunalnik w części II i III zamówienia w sytuacji gdy ta oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei w punkcie 5) wskazał na naruszenie art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp podnosząc również zarzut niezastosowania tych przepisów i *„w konsekwencji skierowanie do PHU Komunalnik wezwania z dnia 22.03.2022 r. w sytuacji gdy już złożone przez PHU Komunalnik Sp. z o. o. pismo z 04.02.2022 r. mające stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przesądzało o obowiązku odrzucenia oferty PHU Komunalnik Sp. z o. o., a wezwanie Zamawiającego z 22.03.2022 r. stanowiło w istocie ponowne wezwanie PHU Komunalnik Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, naruszając tym samym zasadę równości wykonawców w postępowaniu”*.

Odwołujący EKO_MYŚL podniósł także zarzut (pkt 1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z 224 ust. 1 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w tym przypadku w zakresie części I zamówienia, wskazując również jak pierwszy Odwołujący na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Komunalnik która to oferta zawiera w tej części rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zgodnie z pkt 3 Protokołu (ZP -1) *„Wartość zamówienia została ustalona w dniu 6.07.2021 r. na podstawie analizy kosztów na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z poprzednich okresów w przeliczeniu na 36 miesięcy”*. W tym Protokole wskazano na :

– wartość zamówienia dla poszczególnych części zamówienia, w ich podstawowym zakresie, ustaloną na kwotę :

- 1) Część I zamówienia - 53 246 845,96 zł netto - równowartość 12 472 031,94 netto euro
- 2) Część II - 58 991 007,97zł netto - równowartość 13 817 489,51 netto euro
- 3) Część III - 63 520 524,50 zł netto - równowartość 14 878 440,14 netto euro.

– wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, ustaloną na kwotę:

- 1) Część I - 3 549 789,55 zł netto- równowartość 831 468,75 euro netto;
- 2) Część II - 3 932 733,78 zł netto - równowartość 921 165,95 euro netto;
- 3) Część III - 4 234 701,46 zł netto - równowartość - 991 895,97 euro netto.

Na otwarciu ofert w dniu 14 stycznia 2022 r. (pkt 12.3 Protokołu) Zamawiający poinformował o kwotach, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia:

„część I zamówienia — Sektor I:

- w zakresie podstawowym, kwotę brutto 38 337 727,18 zł; kwotę netto 35 497 895,53 zł;
- w zakresie objętym prawem opcji, kwotę brutto 15 335 093,75 zł; kwotę netto 14 199 160,88;

część II zamówienia — Sektor II:

- w zakresie podstawowym, kwotę brutto 42 473 524,77 zł; kwotę netto 39 327 337,75 zł;
- w zakresie objętym prawem opcji, kwotę brutto 16 989 411,35 zł; kwotę netto 15 730 936,44 zł;

część III zamówienia — Sektor III:

- w zakresie podstawowym, kwotę brutto 45 734 775,71 zł; kwotę netto 42 347 014,55 zł;
- w zakresie objętym prawem opcji, kwotę brutto 18 293 913,17 zł; kwotę netto 16 938 808,49 zł.”

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono:

A. w Części I - cztery oferty z cenami w zakresie podstawowym i objętym prawem opcji:

- 1) Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Inneko sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, oraz Partner Konsorcjum: ALBAR Wywóz Nieczystości W. L. z siedzibą w Gorzowie
 - a) podstawowy: 40 325 845,42 złotych netto, 43 551 913,05 złotych brutto
 - b) objęty prawem opcji: 17 874 740,56 złotych netto, 19 304 719,80 złotych brutto
- 2) Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach i Partnerzy Konsorcjum: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusko oraz ENERIS Gorzów Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim oraz Altvater Piła sp. z o.o. z siedzibą w Pile
 - a) podstawowy: 53 570 382,10 złotych netto 57 856 012,67 złotych brutto
 - b) objęty prawem opcji: 22 612 623,60 złotych netto 24 421 633,49 złotych brutto
- 3) PHI.J KOMUNALNIK - sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
 - a) podstawowy: 36 503 235,24 złotych netto, 39 423 494,06 złotych brutto
 - b) objęty prawem opcji: 14 601 294,10 złotych netto, 15 769 397,62 złotych brutto

4) Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: „EKO-MYŚL” sp. z o.o. z siedzibą w Dalsze oraz Partner Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

a) podstawowy: 37 200 457,80 złotych netto, 40 176 494,42 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 15 052 900,49 złotych netto, 16 257 132,53 złotych brutto

B. w Części II - trzy oferty z cenami w zakresie podstawowym i objętym prawem opcji:

1) Inneko sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

a) podstawowy: 37 222 357,58 złotych netto, 40 200 146,19 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 16 972 931,66 złotych netto 18 330 766,19 złotych brutto

2) Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach i Partnerzy Konsorcjum: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusko, ENERIS Gorzów Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim oraz Altvater Piła sp. z o.o. z siedzibą w Pile

a) podstawowy: 42 490 218,45 złotych netto, 45 889 435,93 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 18 454 879,30 złotych netto 19 931 269,65 złotych brutto

3) PHU KOMUNALNIK - sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

a) podstawowy: 36 932 914,68 złotych netto, 39 887 547,85 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 14 773 165,62 złotych netto, 15 955 018,87 złotych brutto

C. w Części III - trzy oferty z cenami w zakresie podstawowym i objętym prawem opcji:

1) Inneko sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

a) podstawowy: 42 744 945,51 złotych netto, 46 164 541,15 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 18 887 004,32 złotych netto, 20 397 964,67 złotych brutto

2) Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach i Partnerzy Konsorcjum: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusko, ENERIS Gorzów Wielkopolski sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim oraz Altvater Piła sp. z o.o. z siedzibą w Pile

a) podstawowy: 56 226 535,20 złotych netto, 60 724 658,02 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 23 001 764,40 złotych netto 24 841 905,55 złotych brutto

3) PHU KOMUNALNIK - sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

a) podstawowy: 40 764 238,02 złotych netto, 44 025 377,06 złotych brutto

b) objęty prawem opcji: 16 305 695,21 złotych netto, 17 610 150,82 złotych brutto

Zamawiający w piśmie z dnia 24 stycznia 2022 r. skierowanym do wykonawcy PHU Komunalnik oznaczonym jako „wniosek o złożenie wyjaśnień oraz dowodów podał: (cyt.):

„Zamawiający, działając w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 4 p.z.p., kieruje do Państwa wnioski o złożenie wyjaśnień oraz dowodów uzasadniających ceny zaproponowane w ofertach złożonych przez Wykonawcę w ramach Postępowania na część I-III zamówienia w rozumieniu Rozdziału I ust. 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (zwanego dalej „OPZ”), jak również uzasadniających ich istotne części składowe.

Zamawiający wskazuje następujące okoliczności, które skutkują uznaniem przez niego, iż ceny i ich istotne części składowe, zawarte w ofertach złożonych przez Wykonawcę PHU Komunalnik — sp. z o.o. (zwany dalej także „Wykonawcą”), wydają się mu rażąco niskie oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z przepisów prawa.

Na marginesie, Zamawiający wskazuje, że wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z przepisów prawa, po cenach zaoferowanych przez Wykonawcę, potwierdza również pismo podmiotu rynkowego — spółki Inneko sp. z o.o., z dnia 21 stycznia 2022 r. (data wpływu: 21 stycznia 2022 r.), w którym zgłoszono analogiczne wątpliwości.

1) PHU Komunalnik — sp. z o.o. jako jedyny wykonawca biorący udział w przetargu wskazał identyczną cenę odbioru transportu i zagospodarowania jednej tony odpadów, zarówno w okresie podstawowym, jak i w okresie prawa opcji, w stosunku do każdego sektora (pkt 1 każdej z ofert, na każdy z sektorów),

2) PHU Komunalnik — sp. z o.o. jako jedyny wykonawca biorący udział w przetargu wskazał identyczną cenę odbioru transportu i zagospodarowania jednej tony odpadów, w ramach ofert złożonych na sektor II i sektor III zamówienia,

3) PHU Komunalnik — sp. z o.o. w ramach ofert na każdy z sektorów, zaoferował ceny, które są niższe od średniej arytmetycznej cen (suma cen złożonych na okres podstawowy i objęty prawem opcji) wszystkich złożonych ofert o:

- a) na sektorze I — ponad 14%,*
- b) na sektorze 2 — ponad 7%,*
- c) na sektorze 3 — ponad 13%,*

pomimo, iż:

PHU Komunalnik — sp. z o.o., w przeciwieństwie do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie prowadzi własnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, Instalacje wskazane przez PHU Komunalnik — sp. z o.o. w ofertach (wszystkie prowadzone przez podmioty trzecie), poza instalacją położoną przy ul. Małszyńskiej 180 w Gorzowie Wielkopolskim:

- Instalacja położona przy ul. Bielawskiej 6 w Pieszycach (58-250) znajduje się około 300 km od Gorzowa Wielkopolskiego,
- Instalacja położona przy ul. Zielonej 3 w Lubinie (59-300) znajduje się około 200 km od Gorzowa Wielkopolskiego,
- Instalacja położona w Marszowie, Marszów 50A, Zary (68-200) znajduje się około 160 km od Gorzowa Wielkopolskiego,
- Instalacja położona przy ul. Portowej 22 w Gliwicach (44-100), znajduje się około 440 km od Gorzowa Wielkopolskiego,
- Instalacja położona przy ul. Jurija Gagarina 20 w Wałbrzychu (58-306), znajduje się około 280 km od Gorzowa Wielkopolskiego,
- Instalacja położona przy ul. Kościuszki 9 w Żmigrodzie (55-140), znajduje się ok. 220 km od Gorzowa Wielkopolskiego
- Instalacja położona przy ul. Fabrycznej 5 w Bołęcinie (32-540), znajduje się ok. 500 km od Gorzowa Wielkopolskiego.

4) PHU Komunalnik — sp. z o.o. w ramach ofert na każdy z sektorów, zaoferował ceny, niższe niż w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które obejmowało w zasadzie tożsamy przedmiot zamówienia (postępowanie nr DK.271. I .5.2021, unieważnione w dniu 30 września 2021 r., termin składania ofert: 23 sierpnia 2021 r.):

a) na sektorze I PHU Komunalnik — sp. z o.o. zaoferował w poprzednim przetargu kwotę 845,64 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów, podczas gdy w niniejszym postępowaniu zaoferował 732,24 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów — cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu stanowi niecałe 86,6% poprzedniej ceny,

b) na sektorze II PHU Komunalnik — sp. z o.o. zaoferował w poprzednim przetargu kwotę 729,54 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów, podczas gdy w niniejszym postępowaniu zaoferował 689,04 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów — cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu stanowi niecałe 94,5% poprzedniej ceny,

c) na sektorze III PHU Komunalnik — sp. z o.o. zaoferował w poprzednim przetargu kwotę 759,24 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów, podczas gdy w niniejszym postępowaniu zaoferował 689,04 zł brutto za tonę odebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów — cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu stanowi niecałe 91% poprzedniej ceny.

Jak wskazano wyżej, wymienione okoliczności, powodują, iż ceny zaproponowane w ofertach złożonych przez Wykonawcę w ramach Postępowania na część I-III zamówienia, wydają się Zamawiającemu rażąco niskie oraz budzą wątpliwości co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający kieruje wniosek o złożenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów w zakresie wyliczenia cen zaproponowane w ofertach złożonych przez Wykonawcę w ramach Postępowania na część I-III, tj.:

- cen za realizację zamówienia podstawowego (bez prawa opcji),
- cen łącznych (obejmujących okres podstawowy i objęty prawem opcji),
- przy uwzględnieniu odbioru odpadów u „źródła” z częstotliwością odbierania odpadów komunalnych, wynikającą z Rozdziału VII-X OPZ oraz przy uwzględnieniu pozostałych usług, które mają być świadczone przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający w szczególności oczekuje, wykazania przez Wykonawcę, iż każda spośród ww. cen za realizację zamówienia podstawowego oraz cen łącznych (zwane dalej „cenami ofertowymi”) - z osobna, jak i rozpatrywana wespół z pozostałymi, nie posiada przymiotów ceny rażąco niskiej, tj. nie są one nierealne, niepozwalające na realizację zamówienia z należytą starannością, znacznie odbiegające od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującymi na niemożliwość pokrycia kosztów należytego wykonania usługi. Zamawiający w szczególności oczekuje przedstawienia przez Wykonawcę wyjaśnień i dowodów, przedstawiających i potwierdzających należyłą kalkulację ww. cen ofertowych, opierającą się na kalkulacji wszystkich kosztów przyjętych i uwzględnionych przez Wykonawcę, w szczególności z uwzględnieniem i wyróżnieniem kosztów:

1) zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów objętych zamówieniem,

2) transportu odpadów z poszczególnych miejsc przyjęcia odpadów w ramach realizacji zamówienia (z uwzględnieniem swoistości usług odbioru odpadów „u źródła”, w ramach „mobilnych zbiórek” [Rozdział VIII OPZ], z aptek oraz w ramach odbiorów dodatkowych) przy uwzględnieniu warunków lokalnych realizacji zamówienia w ramach poszczególnych części:

a) częstotliwości odbioru odpadów;

b) ich szacunkowej ilości oraz pozostałych warunków i wymagań wynikających z dokumentów zamówienia i przepisów prawa powszechnie obowiązującego: do miejsc ich zbierania do stacji przeładunkowej / instalacji, wskazanych w wykazie załączonym do ofert Wykonawcy, a także ze stacji przeładunkowej do instalacji, z wskazaniem założeń logistycznych realizacji zamówienia, wpływających na odległość przewożenia odpadów w szczególności Zamawiający oczekuje wskazania jakie ilości odpadów, w ramach poszczególnych frakcji zamierza Wykonawca rocznie/przez cały czas trwania kontraktu zagospodarować w poszczególnych instalacjach, a także czy dysponuje umowami z

podmiotami prowadzącymi te instalacje, na podstawie których zabezpieczył odbiór tych odpadów w tych instalacjach (w sposób wstępny lub definitywny), [2 Np. poprzez zawarcie umowy przedwstępnej lub uzyskanie oświadczenia woli podmiotu prowadzącego daną instalację],

c) ilości jednorazowo przewożonych odpadów (na pojazdach przeznaczonych do odbioru odpadów i przeznaczonych do przewożenia ich na dalekie odległości),

d) czasu pracy osób dedykowanych do transportu odpadów,

e) przyjętego kosztu spalania pojazdów oraz przyjętego kosztu paliwa,

3) zapewnienia stacji przeładunkowej (ze wskazaniem ilości stacji oraz przyjętych założeń w zakresie położenia stacji przeładunkowej / przeładunkowych oraz wskazania czy są to stacje przeładunkowe będące w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy wraz z wskazaniem podstawy prawnej do ewentualnego dysponowania stacją / stacjami), w tym zapewnienia wymaganych warunków w zakresie standardu zbierania odpadów na stacji przeładunkowej oraz obowiązujących w tym zakresie ograniczeń, [3 Wykonawca w ofertach wskazał w sposób tożsamy, iż „Dodatkowo Wykonawca przewiduje możliwość korzystania: usług pośrednika w obrocie odpadami oraz stacji przeładunkowej],

4) świadczenia usług przez pośrednika w obrocie odpadami, a także wpływu jego usług na ceny ofertowe, [4 jw. Pkt 3],

5) zapewnienia wymaganej ilości pojazdów, z uwzględnieniem średniorocznej awaryjności pojazdów, które zamierza wykorzystać Wykonawca do realizacji zamówienia i związanych z tym kosztami napraw i zapewnienia pojazdów awaryjnych w celu zagwarantowania ciągłości realizacji usług objętych zamówieniem,

6) zapewnienia wymaganych wag przeznaczonych do ważenia pojazdów / odpadów,

7) zapewnienia odpowiedniej ilości, wymaganych pojemników / worków / kontenerów,

8) zapewnienia wymaganych systemów GPS,

9) wynikających z konieczności zapewnienia zgodności zaoferowanych cen ofertowych z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia cen ofertowych 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;

10) wynikających z konieczności zapewnienia zgodności zaoferowanych cen ofertowych z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

11) związanych z kalkulacją ryzyk kontraktowych,

12) niezależnie od pkt 1-11 , poprzez złożenie wyjaśnień w zakresie rzetelności ceny (muszą one wskazywać, że w kalkulacji uwzględniono wszystkie elementy kosztowe, a zaoferowana cena chociaż niska, nie ma charakteru rażąco niskiej w znaczeniu normatywnym), w szczególności w zakresie:

- a) zarządzania świadczonymi usługami,
 - b) wybranych rozwiązań technicznych oraz wyjątkowo korzystnych warunków usług,
 - c) oryginalności dostaw usług oferowanych przez Wykonawcę,
 - d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
 - e) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,
 - f) wypełniania obowiązków związanych z ewentualnym powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy (jeżeli pomimo niewskazania podwykonawcy w ofercie, Wykonawca dopuszcza jego ewentualne wprowadzenie na etapie realizacji kontraktu)
- korespondujących z wymogami ustanowionymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia oraz wymogami wynikającymi z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jak również okresem realizacji zamówienia (zarówno podstawowym jak i opcyjnym) a także obrazującymi przyjęty przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia oraz przyjęte przez Wykonawcę założenia.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p. „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami muszą uzasadniać podane w ofercie ceny. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 6 p.z.p. „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”

Zamawiający stoi na stanowisku, że powyższy wymóg należy interpretować w sposób o którym mowa m.in. tu wskazał:

- wyrok KIO 2031/21, w którym KIO zwróciła uwagę, że „przepis ten w ocenie Izby znacząco odmiennie reguluje kwestię odrzucenia oferty niż obowiązujący w uprzednim stanie prawnym art. 90 ust. 3, który nakazywał odrzucenie oferty, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uprzednim stanie prawnym zatem zamawiający chcąc odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy musiał poczynić tak ścisłe ustalenia, aby być w stanie wykazać wykonawcy, że z jego wyjaśnień i dowodów wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska, natomiast obecnie zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę lub koszt i może odrzucić ofertę, jeśli jest w stanie wykazać za na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie był w stanie uznać ceny lub kosztu za uzasadniony. Tym samym w ocenie Izby nowelizacja wzmocniła

znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych i podkreśliła ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Przytoczony wyrok stanowi wyraz aktualnej linii orzeczniczej Izby, który znajduje swój wyraz również w wyroku z dnia 20 sierpnia 2021 r., KIO 2249/21, w którym KIO stwierdziła, że „Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniającymi podane w ofertach ceny, jak i ich istotne części składowe (...)

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Komunalnik – zastrzegając w części wyjaśnienia i dowody, które to zastrzeżenie zostało przez Zamawiającego częściowo uchylone o czym poinformował w piśmie z dnia 21 lutego 2022 r. przedstawił:

- 1- Charakterystykę Związku Celowego GMIN MG-6 – opis sektorów – strumień odpadów (str 1 -3)
- 2- Wyjaśnienia ceny:
 - założenia ogólne str 3/4
 - Pojazdy przewidziane do realizacji zadania – str 5-7
 - mycie pojazdów – str 7-8
 - Paliwo – str 8
 - Pracownicy – str 8/9
 - Koszty zagospodarowania odpadów 10-17

- Wagi str 17
- Pojemniki 17 – 19
- Worki – str 19/20
- Inne Koszty str 20/21

W Podsumowaniu (także częściowo zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa podał: „Mając na powyższe wyjaśnienia i wyliczenia Wykonawca przedstawia poniżej podsumowanie kosztów przyjmując do tego wariant bezpieczny, tj. z dużymi możliwościami optymalizacyjnymi. Oszczędności generowane optymalizacjami będą po prostu generowały po jego stronie wyższy zysk, z którego będą mogłyby być pokryte ewentualne koszty ekstraordynaryjne. Tyczy się to samo ewentualnych kosztów zidentyfikowane przez Zamawiającego, które omyłkowo pominął Wykonawca. Zaplanowany zysk jest na tyle duży, że pozwala pokryć nawet znaczące koszty.

Ponadto tak przyjęty kształt realizacji usługi (m.in. liczba pojazdów, pracowników, wdrożenie systemu RFID), skutkuje tym, że ryzyka kontraktowe, np. z tytułu kar umownych są marginalne. Jest to założenie tym bardziej realne, gdy weźmie się pod uwagę znaczący spadek wysokości kar umownych na przestrzeni 2 ostatnich lat na terenie MG-6 jakie obciążały konsorcjum z udziałem Wykonawcy. W skali całej działalności Wykonawcy kary umowne nie stanowią istotnego obciążenia finansowego. Wykonawca wyłącza tutaj sytuację na terenie Miasta Bydgoszcz. Po pierwsze, w tamtym przypadku wchodził on na całkowicie nowy rynek (a nie tak jak tutaj, na którym funkcjonuje już 2 lata, i który podlega sukcesywnej ekspansji). Po drugie, dokumentacja przetargowa dla tamtego zamówienia zawierała liczne błędy. Po trzecie, kary umowne są przedmiotem toczonych obecnie postępowań sądowych, których korzystny wynik dla zamawiającego jest wysoce wątpliwy. Po czwarte, skala kar umownych w tamtym, tak absurdalnym przypadku, wyniosła łącznie co przy zaplanowanym w niniejszym postępowaniu zysku byłoby spokojnie do pokrycia. Co więcej, Wykonawca zauważa, że w odróżnieniu od racjonalnej postawy władz MG-6 w zakresie przypisania odpowiedzialności wykonawcy za konkretne uchybienia, podejścia włodarzy Miasta Bydgoszczy jest zgoła odmienne. Nie dopuszczają oni bowiem możliwości powstania uchybień z okoliczności leżących poza wykonawcą, starając się zapewne taką nie ugodową postawą ukryć swoje nieprzygotowanie do wprowadzenia nowego wykonawcy na rynek i braki kompetencyjne. W przedmiotowym przypadku Wykonawca zakłada, że ewentualne kary umowne (i inne ryzyka kontraktowe) nie przekroczą progu dla wszystkich trzech sektorów łącznie, przy czym najbardziej problematyczny w realizacji jest sektor I z uwagi na swoją charakterystykę. W takim przypadku kary zostaną pokryte z zaplanowanego zysku.”

Dalej przedstawił w tabelach (dane zastrzeżone) „Podsumowanie” kosztów wykonania zamówienia z prawem opcji i bez prawa opcji w podziale na 3 sektory konkludując: „Na koniec Wykonawca pragnie wyraźnie zaznaczyć, że w oparciu o przedstawione dane

źródłowe i sporządzone kalkulacje, Zamawiający ma możliwość samodzielnego wyliczenia maksymalnych kosztów usługi dla każdego z sektora z osobna. Przyjmując jednak nawet najbardziej niekorzystne ekonomicznie i organizacyjnie rozwiązania dla Wykonawcy, i tak wygeneruje on zysk (i to w każdym sektorze ujmowanym z osobna). W takich realiach nie sposób przyjąć by zaoferowana przez niego cena była rażąco niska”.

Zamawiający w kolejnym wezwaniu z dnia 22 marca także oznaczonym jako: „Wniosek o złożenie wyjaśnień oraz dowodów” podał:

Zamawiający, w związku z otrzymaniem od Wykonawcy w dniu 04 lutego 2022 r. wyjaśnień oraz dowodów, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r., działając w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p., kieruje do Państwa wnioski o złożenie dodatkowych wyjaśnień oraz dowodów, uzasadniających ceny zaproponowane w ofertach złożonych przez Wykonawcę w ramach Postępowania na część I-III zamówienia w rozumieniu Rozdziału I ust. 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (zwanego dalej „OPZ”), jak również uzasadniających ich istotne części składowe, poprzez ustosunkowanie się do następujących kwestii (złożenie wyjaśnień) oraz poprzez ewentualne złożenie dowodów (gdyby o ich złożenie wnosił Zamawiający lub w ocenie Wykonawcy ich przedłożenie było celowe):

1) Czy koszt cyklicznego odbioru odpadów u źródła bez wykorzystania kontenerów/pojemników lub worków oraz ich transport, o którym mowa w Rozdziale VIII Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej „OPZ”) oraz odbiór leków z aptek, o którym mowa w Rozdziale IX OPZ, zostały ujęte w Państwa wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2022 r.? Proszę o ich wyszczególnienie w odpowiedzi na niniejsze wezwanie.

2) Proszę o jednoznaczne potwierdzenie, czy oszczędności dotyczące skorzystania z systemu RFID, zostały uwzględnione w wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2022 r. System nie funkcjonuje na terenie Związku, zatem jego wdrożenie jest kosztem, który nie został wskazany w Państwa wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2022 r.

3) W wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2022 r., Wykonawca wskazał, iż „ Część pojazdów jakie będą wykorzystywane do realizacji zadania pochodzą z posiadanego taboru, część natomiast zostanie dopiero nabyta. ” (str. 5) oraz, iż „Z uwagi jednak na modernizację taboru na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca przewiduje, że koszty serwisu mogą spaść. Oczywiście jest, że w ujęciu statystycznym nowsze pojazdy są mniej awaryjne. ” (str. 7). W związku z powyższym, Zamawiający prosi o wskazanie, z jakich środków zostanie sfinansowane nabycie nowych pojazdów, w szczególności czy koszt ten został uwzględniony w wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2022 r.?

4) Zamawiający wnosi o przesłanie dokumentów, w oparciu o które Wykonawca wskazał w tabeli nr 6 - Koszt pracowników dla sektorów I-III oraz tabeli nr 7 - Koszt pracowników dla sektora II-III (Str. 9 wyjaśnień z dnia 04 lutego 2022 r.), poziomy kosztów

pracowników i/lub wskazanie metodologii, w oparciu o którą ustalił wskazane tam poziomy kosztów pracowników.

5) Jakie są podstawy do przyjęcia, że „ Wykonawca tak skalkulował swoją ofertę, że osiągnie on zysk niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji, czy też nie. Skorzystanie przez Zamawiającego z rzeczowego uprawnienia będzie miało efekt na wysokość zysku Wykonawcy (...) Wykonawca zastrzega ponadto, czego jednak nie prezentuje w kalkulacjach, że koszty pojazdów, zapewnienia pojemników, (...) skalkulowane (przypisane) w całości wyłącznie w okresie podstawowym zamówienia (rozpisane na 36 miesięcy). Oznacza to, że koszty w tym zakresie przedstawione przez Wykonawcę w kalkulacji zamówienia z prawem opcji nie powstaną. ” (str. 3-4 wyjaśnień z dnia 04 lutego 2022 r.)? Z czego Wykonawca wywodzi, iż koszty te nie powstaną, względnie w jaki sposób wkalkulował je w koszty świadczenia usługi w okresie podstawowym?

6) Dlaczego Wykonawca wskazał w Tabeli nr 5 na str. 8 wyjaśnień z dnia 04 lutego 2022 r., iż średnia dzienna kilometrówka dla sektora III jest tożsama z tą przyjętą dla sektora II? Czy Wykonawca dysponuje dowodami potwierdzającymi takie założenie?

7) Proszę o potwierdzenie, że zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 04 lutego 2022 r., Wykonawca zamierza skierować cały strumień odpadów do instalacji Inneko sp. z o.o., a w przypadku odpowiedzi negatywnej (w tym częściowo) wyraźne wskazanie i szczegółowe opisanie założeń logistycznych, z wyszczególnieniem konkretnych stacji przeładunkowych oraz wyszczególnieniem frakcji oraz „innych podmiotów zbierających odpady”, które / którzy będą wykorzystywani w toku realizacji zamówienia, z wskazaniem operatorów tychże stacji przeładunkowych oraz ich lokalizacji lub miejsca w którym nastąpi przekazanie odpadów do „innych podmiotów zbierających odpady”. W wyjaśnieniach Wykonawca, wskazuje, że „Koszty zagospodarowania odpadów zostaną przedstawione w kilku wariantach albowiem Wykonawca dostrzega możliwość ogromnej optymalizacji na tej płaszczyźnie”, jednocześnie odstępując od zaprezentowania kalkulacji kosztów związanych z logistyką odpadów w innych instalacjach (dalekie przejazdy, koszty stacji itd.), co per se, generuje ww. wątpliwości Zamawiającego, wprost wpływające na ocenę wyjaśnień Wykonawcy. (...)

W uzasadnieniu tego wezwania podał: Szczegółowa analiza wyjaśnień Wykonawcy z dnia 04 lutego 2022 r., zrodziła po stronie Zamawiającego ww. wątpliwości, które wymagają wyjaśnienia w celu przesądzenia, czy oferty złożone przez Wykonawcę zawierają rażąco niską cenę w rozumieniu Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym, konieczne stało się wystosowanie niniejszego kolejnego wezwania, stosownie do treści art. 224 ust. 1 P.z.p., czego dopuszczalność nie rodzi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wątpliwości (...) i wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem składu orzekającego Izby, należało zgodzić się z twierdzeniami Odwoływających, że z analizy treści wyjaśnień z dnia 4 lutego 2022 r. w kontekście wezwania z dnia 24 stycznia 2022 r. wynika, że wykonawca Komunalnik nie przedłożył wyjaśnień i dowodów w żądanym zakresie. Te wyjaśnienia, w tym dowody mają charakter ogólny i nie stanowią odpowiedzi na żądania Zamawiającego w szczególności, co do punktu 9 i 10 wezwania dotyczących wykazania zapewnienia zgodności zaoferowanych cen ofertowych: „9) z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia cen ofertowych 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; 10) z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”. Także te wyjaśnienia nie odnoszą się do punktu 11) wezwania związanego z kalkulacją ryzyk kontraktowych. Brak jest także odniesienia do punktu 12) zgodnie z którym Zamawiający wymagał: „12) niezależnie od pkt 1-11 , poprzez złożenie wyjaśnień w zakresie rzetelności ceny (muszą one wskazywać, że w kalkulacji uwzględniono wszystkie elementy kosztowe, a zaoferowana cena chociaż niska, nie ma charakteru rażąco niskiej w znaczeniu normatywnym), w szczególności w zakresie: a) zarządzania świadczonymi usługami, b) wybranych rozwiązań technicznych oraz wyjątkowo korzystnych warunków usług, c) oryginalności dostaw usług oferowanych przez Wykonawcę, d) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, e) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,”.

Izba zwraca uwagę, że w myśl art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnienia w zakresie dotyczącym: zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie są bezwzględnie wskazanym przepisem wymagane.

W wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2022 r. wykonawca Komunalnik Sp. z o.o. poinformował:

„Wysokość wynagrodzenia pracowników została przyjęta na podstawie doświadczenia wykonawcy w oparciu o oczekiwania pracowników obecnie wykonujących czynności bezpośrednio związane z usługą odbioru odpadów i przy uwzględnieniu 8 godzinnego dnia pracy”. Tu: zamieszczono tabele dotyczące liczby pracowników w sektorach, w Sektorze I-III – 74 osoby, i druga tabela: w Sektorze II-III – 53 osoby, ale w tych tabelach brak jest informacji o kosztach, pomimo takiego oznaczenia tych tabel [„Koszt pracowników (...)]

Dalej wykonawca podaje: „Dodatkowo warto podkreślić, iż Wykonawca zamierza skierować do świadczenia usługi o wiele większą liczbę pracowników niż wymaga tego Zamawiający. Takie rozwiązanie nie tylko jest spowodowane większą liczbą pojazdów, ale również ma za zadanie uchronić Wykonawcę przed brakiem kadrowym (urlupy, zwolnienia chorobowe itp.). Co więcej, oczywiste w tym kontekście jest, że zachowany zostanie 8h dzień pracy dla ekip (skoro Wykonawca skieruje większą liczbę pracowników, niż przewidywał to sam Zamawiający). Powyższe zaangażowanie takiej ilości pojazdów i pracowników pozwala Wykonawcy na uwzględnienie w cyklu miesięcznym, dni w którym pojazdy będą mogły być serwisowane, a pracownicy jak wspomniano wcześniej, będą wykorzystywali urlupy wypoczynkowe. Dane rozwiązanie wiąże się z ułożeniem przez Wykonawcę harmonogramu w taki sposób, że nie każda z brygad będzie wyjeżdżała na dany rejon codziennie, a co nie będzie miało to wpływu na jakość wykonywanych usług. Pracownicy administracyjni i koordynator kadrowy będą bezpośrednio odpowiedzialni za nadzorowanie realizacji przedmiotowego zamówienia. Pracownik administracyjny będzie bezpośrednio odpowiedzialny za nadzorowanie realizacji zadania. Koszty księgowości, działu kadr i BHP, obsługi prawnej i części nadzoru nad wykonaniem usługi wykonywane będą w centrali Wykonawcy, a wliczone są w części w koszty administracyjne/ogólnozakładowe i w części w koszty administracyjne/ogólne dla „oddziału w Gorzowie Wlkp., co przedstawiono w dalszej części wyjaśnień. Tu przedstawiono tabele oznaczone jako dotyczące „kosztu pralni i odzieży roboczej” – pierwsza dla Sektora I-III a druga dla Sektora II-III i wskazano na „Dowody: Zał. nr 12 - Oferta pralni chemicznej; Zał. nr 13 - Zakup odzieży roboczej — faktura PHU Komunalnik sp. z o.o.; Zał. nr 14 - Przykładowe umowy o pracę” W ostatnim zdaniu dla tej części „Pracownicy” podał: „Warto nadto zwrócić uwagę, że dodatkowym mechanizmem zabezpieczającym Wykonawcę przed wzrostem minimalnego wynagrodzenia pracowników jest mechanizm waloryzacyjny przewidziany we wzorze umowy”.

Niewątpliwie brak jest dowodu na wskazywane w tej części wyjaśnień okoliczności. Wykonawca nie przedstawił dowodu na okoliczność zatrudnienia wskazanej liczby pracowników, ani dowodu opłacenia składek, który uprawdopodobniłby, że spełnia on wymogi art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp. Nie znajdujemy także w dokumentach – jak wskazywali Odwołujący - potwierdzenia faktu odprowadzenia składek na ubezpieczenie społeczne czego wymaga ustawodawca w art. 224 ust. 6 Pzp. Dowodem na odprowadzenie składek do ZUS

za pracownika jest deklaracja ZUSDRA z raportem imiennym RCA. Oznacza to, że Wykonawca nie wywiązał się z wymogu, o którym mowa w art. 224 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych co jest czynnością obligatoryjną, a Zamawiający nie dochował należytej staranności w weryfikacji przesłanych dokumentów. Za taki dowód nie mogą być uznane – jak wskazywał Odwołujący Inneko dwie kopie umów o pracę: z Panem G. D. (zawartą w dniu 01.06.2020 r.) oraz I. B. (zawartą w dniu 01.10.2020 r.), z których treści nie wynika, że osoby te otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę. Izba zwraca uwagę, że dopiero w wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2022 r. Komunalnik Sp. z o.o. jako dowód załączył zanonimizowany wyciąg z listy płac, który także z uwagi na brak informacji o zatrudnionych nie mógłby stanowić dowodu na potwierdzenie wymagań wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów wskazanych powołanym artykułem.

Wyjaśnienia wykonawcy Komunalnik także nie odnoszą się do wymaganego w punkcie 12 wezwania uwzględnienia w kalkulacji na okoliczność wykazania, że zaoferowana cena chociaż niska, nie ma charakteru rażąco niskiej w znaczeniu normatywnym, w szczególności w zakresie: wybranych rozwiązań technicznych oraz wyjątkowo korzystnych warunków usług, czy oryginalności dostaw usług oferowanych przez Wykonawcę. Przedkładane dowody w ramach wyjaśnień z dnia 24.01.2022 r. wyjaśnień nie świadczą o wybranych rozwiązaniach technicznych czy wyjątkowo korzystnych warunkach usług. Za taki dowód nie można uznać – jak podnosił Odwołujący Inneko rzekomych dowodów na potwierdzenie realności ceny ofertowej – takich dokumentów jak: Ogłoszenia o sprzedaży samochodów ciężarowych z serwisu otomoto.pl; Niepodpisane oświadczenie o rzekomych oszczędnościach wynikających z wykorzystania systemu RFID; Faktura APF dotycząca zakupu rękawic i butów; Faktury INTER CARS za zakup części zamiennych do pojazdów; Faktury MAN za zakup części zamiennych do pojazdów; Faktury ARPOL A. S. za usługi wulkanizacyjne; Ofertę z PRALNI FRANIA – oferta ma charakter ogólny, a z jej treści nie wynika, że podana cena zostanie utrzymana w całym okresie realizacji zamówienia; Cennik PKS Gorzów Wlkp., na mycie samochodów – cennik ma charakter ogólny (Zarządzenie Prezesa Zarządu) skierowany do wszystkich podmiotów; Faktura za zakup paliwa ze stacji CircleK.

Przede wszystkim są to przykładowe dokumenty i faktury związane z działalnością firmy, a nie dotyczące bezpośrednio tego przedmiotu zamówienia. Wykonawca, w żaden sposób nie wykazał jak te czynniki (przykładowe koszty paliwa, amortyzacji, mycia aut, naprawy) wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości o jakie mógłby obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami. Tym samym takich dowodów nie można uznać za wiarygodne. Należy także zwrócić uwagę, że w tych wyjaśnieniach brak także informacji, co do zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, co jest wymagane wezwaniem. Także, brak jest

informacji, co do kalkulacji ryzyk kontraktowych i zysku na które wykonawca wskazuje w podsumowaniu, w którym zamieszczone tabele z danymi liczbowymi (niedostępne – zastrzeżone jak tajemnica przedsiębiorstwa), ale też bez wyodrębnionej w opisie pozycji ryzyk kalkulacyjnych czy zysku. W tym podsumowaniu wykonawca wskazuje tylko:

„Mając na powyższe wyjaśnienia i wyliczenia Wykonawca przedstawia poniżej podsumowanie kosztów przyjmując do tego wariant bezpieczny, tj. z dużymi możliwościami optymalizacyjnymi. Oszczędności generowane optymalizacjami będą po prostu generowały po jego stronie wyższy zysk, z którego będą mogłyby być pokryte ewentualne koszty ekstraordynaryjne. Tyczy się to samo ewentualnych kosztów zidentyfikowane przez Zamawiającego, które omyłkowo pominął Wykonawca. Zaplanowany zysk jest na tyle duży, że pozwala pokryć nawet znaczące koszty. Ponadto tak przyjęty kształt realizacji usługi (m.in. liczba pojazdów, pracowników, wdrożenie systemu RFID), skutkuje tym, że ryzyka kontraktowe, np. z tytułu kar umownych są marginalne. Jest to założenie tym bardziej realne, gdy weźmie się pod uwagę znaczący spadek wysokości kar umownych na przestrzeni 2 ostatnich lat na terenie MG-6 jakie obciążały konsorcjum z udziałem Wykonawcy. W skali całej działalności Wykonawcy kary umowne nie stanowią istotnego obciążenia finansowego. Wykonawca wyłącza tutaj sytuację na terenie Miasta Bydgoszcz. Po pierwsze, w tamtym przypadku wchodził on na całkowicie nowy rynek (a nie tak jak tutaj, na którym funkcjonuje już 2 lata, i który podlega sukcesywnej ekspansji). Po drugie, dokumentacja przetargowa dla tamtego zamówienia zawierała liczne błędy. Po trzecie, kary umowne są przedmiotem toczonych obecnie postępowań sądowych, których korzystny wynik dla zamawiającego jest wysoce wątpliwy. Po czwarte, skala kar umownych w tamtym, tak absurdalnym przypadku, wyniosła łącznie co przy zaplanowanym w niniejszym postępowaniu zysku byłoby spokojnie do pokrycia. Co więcej, Wykonawca zauważa, że w odróżnieniu od racjonalnej postawy władz MG-6 w zakresie przypisania odpowiedzialności wykonawcy za konkretne uchybienia, podejścia władarzy Miasta Bydgoszczy jest zgoła odmienne. Nie dopuszczają oni bowiem możliwości powstania uchybień z okoliczności leżących poza wykonawcą, starając się zapewne taką nieugodową postawą ukryć swoje nieprzygotowanie do wprowadzenia nowego wykonawcy na rynek i braki kompetencyjne. W przedmiotowym przypadku Wykonawca zakłada, że ewentualne kary umowne (i inne ryzyka kontraktowe) nie przekroczą progu dla wszystkich trzech sektorów łącznie, przy czym najbardziej problematyczny w realizacji jest sektor I z uwagi na swoją charakterystykę. W takim przypadku kary zostaną pokryte z zaplanowanego zysku.

Na koniec Wykonawca pragnie wyraźnie zaznaczyć, że w oparciu o przedstawione dane źródłowe i sporządzone kalkulacje, Zamawiający ma możliwość samodzielnego wyliczenia maksymalnych kosztów usługi dla każdego z sektora z osobna. Przyjmując jednak nawet najbardziej niekorzystne ekonomicznie i organizacyjnie rozwiązania dla Wykonawcy, i tak

wygeneruje on zysk (i to w każdym sektorze ujmowanym z osobna). W takich realiach nie sposób przyjąć by zaoferowana przez niego cena była rażąco niska”

W konkluzji Izba stwierdza, że wyjaśnienia z dnia 4 lutego 2022 r. były ogólnikowe nie odpowiadały na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2022 r., brak jest w tych wyjaśnieniach kluczowych informacji, pozwalających na odniesienie się do kwestii Czy niska oferowana w każdym Sektorze przez wykonawcę Komunalnik nie jest ceną rażąco niską w każdej z tych części. Z uwagi na brak informacji, a nie pojawienie wątpliwości, co do złożonych już wyjaśnień nie pozwalał na skierowanie do tego wykonawcy kolejnego wezwania z dnia 22 marca 2022 r. o wskazanej powyżej treści. Z tego też względu Izba uwzględniając podnoszony w odwołaniach zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp nakazała w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy PHU Komunalnik w każdej z części w których zostały złożone oferty. Izba jednocześnie podkreśla, że ustalenia w zakresie tych zarzutów związanych z ceną oferty wykonawcy Komunalnik skład orzekający opierał na wezwaniach Zamawiającego skierowanych do wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. w zw. z jej art. 224 ust. 4 o udzielenie wyjaśnień i dowodów (z dnia 24.01.2022 r. i 22.03.2022 r.) i na udzielonym wyjaśnieniu na pierwsze z wezwań (4.02.2022 r.), które to dokumenty zostały przedłożone również przez Zamawiającego i na podstawie których – jak wynikało z dokumentacji z uwzględnieniem także udzielonych wyjaśnień z dnia 25 marca 2022 r. - została podjęta w dniu 1 kwietnia 2022 r. decyzja o wyborze oferty wykonawcy Komunalnik jako najkorzystniejszej w zakresie każdej z części. Dokument „Analiza ofert cenowych wykonawcy w postępowaniu „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez ZCG mg-6 systemie odbioru odpadów komunalnych” powoływany przez Odwołujących – wyd. 3 kwiecień 2022 – opracowana przez Biuro Inżynierskie IVW Polska Sp. z o.o. z Krakowa - nie stanowił punktu odniesienia do oceny tych zarzutów, albowiem ten dokument – uzyskany po wyborze najkorzystniejszej oferty - nie stanowił w przedmiotowym postępowaniu podstawy dokonywanej oceny i w konsekwencji wyboru oferty wykonawcy Komunalnik decyzją Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r.

Także za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu – zgodnie z rozdziałem VIII.1.3 lit. a) SWZ (...)

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał lub wykonuje co najmniej:

o (...)

o (...)

o maksymalnie dwie usługi (dopuszczalne jest również wykonanie jednej usługi na rzecz jednego podmiotu na kwotę wskazana w niniejszej kropce), każda na rzecz jednego podmiotu (w celu uniknięcia wątpliwości, wskazuje się, iż mogą to być dwa różne podmioty, bez względu na liczbę umów zawartych przez wykonawcę z danym podmiotem w ramach każdej z usług oraz trybu ich zawarcia) polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o charakterze ciągłym (usługę kompleksową), trwającą nieprzerwanie w okresie co najmniej 12 miesięcy (każda z usług), których wartość brutto wyniosła łącznie, co najmniej 12.000.000 (słownie: dwanaście milionów) zł brutto w ciągu ww. 12 miesięcy – w przypadku składania oferty na trzy (którekolwiek) części zamówienia(...)

Z treści tego warunku wynika zatem, że wymagane w warunku doświadczenie dotyczy kompleksowej usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o charakterze ciągłym - usługi kompleksowej - trwającej określony czas i o określonej wartości w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający zatem zobowiązany był – jak wskazywali Odwołujący - do weryfikacji oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu w trzech płaszczyznach: odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów (usługa kompleksowa). Niewątpliwie na ocenę spełnienia przedmiotowego warunku nie może mieć wpływu to, czy dany wykonawca ma status instalacji komunalnej, czy też nie. Taki warunek nie wynika z dokumentacji przetargowej. Jednakże ocena tego wymagania w świetle opisu warunku musi być dokonywana z uwzględnieniem wskazanych trzech obszarów.

Wykonawca PHU Komunalnik powołując się na usługi z czterech umów, w zakresie spornym, co do dwóch umów nie udowodnił, że przedmiot tych umów (w szczególności ujęty w § 2) ulegał zmianie i był rozszerzany o zagospodarowanie odpadów, jak wymagał wskazany warunek SWZ w przedmiotowym postępowaniu. W tym przypadku powołał się na dokument referencyjny z dnia 28 marca 2022 r. wystawiony przez z-cę prezydenta miasta Wałbrzych oraz na potwierdzenie z dnia 26 kwietnia 2022 r. wystawione przez Kierownika Biura Środowiska i Klimatu, w którym podano, że „Referencje z 28 marca 2022 r. oraz niniejsze pismo potwierdzają należyte wykonanie przedmiotowej usługi przez PHU Komunalnik sp. z o.o.". W tych dokumentach, których drugi stanowi odpowiedź na prośbę wykonawcy z dnia 21 kwietnia 2022 r., potwierdzono, że spółka – jak wnosił wykonawca – w zakresie wymienianych we wniosku czterech umów była odpowiedzialna za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W tych dokumentach wskazano także na wartość usług, ale w odniesieniu tylko do okresu 1.11.208 – 30.10.2019.

Przystępujący zatem powołując się na wskazane dokumenty referencyjne dowodził, że w okresie od 01.11.2016 do 31.10.2019 r. realizował usługę kompleksową polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych na wymaganą kwotę 12 mln zł. Referencje mogą potwierdzać – w indywidualnych przypadkach także - doświadczenie wykonawcy. Jednakże referencje ze swej natury przede wszystkim stanowią potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Tym samym w tym przypadku brak dowodów, co do zmiany zakresu rzeczowego umów – i która to okoliczność nie była podważana przez Przystępującego - nie mógł zostać zastąpiony deklaracjami Przystępującego, co do rzeczywistego zakresu wykonywanej usługi, popieranymi w tym celu wystawionym dokumentem z dnia 26 kwietnia 2022 r. po wniesieniu odwołań.

Oznacza to, że wykonawca Komunalnik nie wykazał, że w oparciu o wskazane umowy była realizowana kompleksowa usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów we wskazywanym okresie i wartości, jak wymagała tego SWZ, a ocena spełniania wymagania w stanie faktycznym tej sprawy mogła być niewątpliwie dokonywana przez pryzmat postanowień wskazywanych przez Odwołujących umów.

W tym przypadku Izba miała na uwadze – jak wskazano powyżej – przepis art. 128 ust.1 Pzp i tym samym sentencję ograniczono do stwierdzenia zasadności zarzutu w związku z art.554 ust.2 Pzp.

Także za uzasadniony Izba uznała podniesiony w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zakresie braku decyzji na zagospodarowywanie odpadów o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie związanej z rozdziałem IV.1 OPZ .

W tym przypadku Przystępujący w odpowiedzi na zarzut braku decyzji - na zagospodarowywanie odpadów o kodzie 15 01 02 oraz 15 01 06 w „instalacji” PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie związanej z rozdziałem IV.1 OPZ – w szczególności podał, że Odwołujący w zakresie tego zarzutu pomija dwie istotne okoliczności.

✓ zgodnie z art. art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (czyli takim z jakim mamy do czynienia w niniejszym przypadku) zamawiający publiczny zobowiązany jest żądać od wykonawców przedstawienia w ofercie wykazu instalacji, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku odpadów zbieranych selektywnie możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (zamiast „instalacji”). Wskazany przez przystępującego podmiot jest zbierającym odpady – legitymuje się on decyzją z 28 października 2014 r., nr OŚRiL.6233.29.2014, która obejmuje zbieranie m.in. odpadów o kodzie 15 01 02 (jak i też 15. 01 06).

✓ zamawiający w dokumentacji przetargowej w żadnym miejscu nie ograniczył możliwości korzystania przez wykonawcę z pośredników i sprzedawców w obrocie odpadami (ich status jest uregulowany ustawowo, tj. ustawą o odpadach). Mając na uwadze, że formularz ofertowy nie zawierał dedykowanego miejsca na wskazanie z nazwy tych podmiotów, przystępujący uznaje (niezależnie od tego, że podmiot wskazany przez odwołującego jest po prostu zbierającym odpady), że był uprawniony do wskazania ewentualnego pośrednika (czy też sprzedawcy) odpadów w tabeli instalacji. O tym, że podmiot kwestionowany przez odwołującego posiada rzeczony status świadczą publicznie dostępne informacje, tj. informacje w rejestrze BDO, na który powołuje się zresztą sam odwołujący. Z systemu BDO wprost wynika, że podmiot ten ma status pośrednika i sprzedawcy odpadów komunalnych zbieranych selektywnie o kodzie 15 01 02 (jak i 15 01 06)". Na rozprawie dodatkowo przedłożył decyzję z dnia 5 kwietnia 2018 r., którą organ zmienił wskazywaną decyzję z 2014 r. – na wniosek strony - co do miejsca zbierania i magazynowania odpadów oraz określono metodę zbierania odpadów.

Izba uznała, że w tej argumentacji Przystępujący pomija kluczową kwestię, a mianowicie wynikający z ustawy o zmianie ustawy o odpadach z 20.07.2018 (Dz. U. 2018 poz. 1592) obowiązek nałożony art. 14 tej ustawy – na co wskazał Odwołujący - aby do 05.03.2020 przedsiębiorca złożył wymagany ustawą wniosek o zmianę decyzji. Przystępujący nie wskazał na złożenie takiego wniosku przez prowadzącego instalację przedsiębiorcę wskazanego w ofercie, ani też nie wykazywał, że ten obowiązek nie dotyczy wskazanej w ofercie firmy. Brak wniosku powodował zgodnie z przepisami wygaśnięcie decyzji.

Izba co do tego zarzutu uwzględniała – jak wcześniej wskazano - możliwe wszczęcie procedury wyjaśniającej na podstawie art. 128 ust.4 ustawy Pzp. Przede wszystkim – jak wskazywał Przystępujący wykonawca - w przedmiotowym postępowaniu wykaz instalacji może podlegać zmianie - wykonawca może przekazywać odpady komunalne nie tylko wyłącznie do instalacji wskazanych w ofercie. Jak podał: *„Zamawiający przyjął całkowicie odmienne rozwiązanie pozwalając wykonawcom w zasadzie w nieskrępowany sposób przekazywać odpady komunalne także do innych instalacji. Mianowicie, „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany instalacji, w której nastąpi zagospodarowanie odpadów, w tym również poprzez dozwoleń na zagospodarowanie odpadów komunalnych w instalacji innej niż wskazana w ofercie wykonawcy, przy czym ostatnia z wymienionych sytuacji wymaga uprzedniego dokonania modyfikacji umowy, na zasadach określonych w §12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ” (tak punkt XVI.7 OPZ)”*.

W tym przypadku Izba miała również na uwadze – jak wskazano powyżej – przepis art. 128 ust.1 Pzp i tym samym sentencję ograniczono do stwierdzenia zasadności zarzutu.

W odniesieniu do zarzutów uznanych za niezasadne Izba stwierdziła, co następuje:

Podnoszony w odwołaniu o sygn. akt: KIO 992/22 zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oparty został na twierdzeniu, że wskazane przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o bazy magazynowo – transportowe nie spełniają wymogów rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz na braku dowodów potwierdzających, że Zamawiający po powzięciu tej informacji dokonał ich weryfikacji. Twierdzenia nie spełniania wymogów przez bazy oparte zostały na zwróconej uwadze przez autora Raportu (Analiza wydanie 2 z dnia 2 marca 2022 r. str.22i 23), co do baz transportowych wskazanych przez wykonawcę w dniu 4 lutego 2022 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r.

Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że w Raporcie: pkt 1.4 wskazano: *„Cel opracowania stanowi dokonanie analizy ofert złożonych przez Wykonawcę PHU Komunalnik sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy”, w związku z koniecznością dokonania przez Zamawiającego – Związek Celowy Gmin MG-6 oceny, czy oferty złożone przez PHU Komunalnik zawierają rażąco niską cenę.”* Z innych dokumentów nie wynika, aby informacje podane w zakresie baz wywołały wątpliwość Zamawiającego i były przedmiotem zlecenia w ramach tego Raportu, celem ich weryfikacji tym bardziej, że wskazana nieruchomość przy ul. Owczej w Gorzowie Wielkopolskim, aktualna baza magazynowo- transportowa Przystępującego, była – jak podał Przystępujący okazując Protokoły - w ciągu ostatnich dwóch lat wielokrotnie kontrolowana w zakresie zgodności z powołanym rozporządzeniem przez różne (niezależne od siebie) organy administracji publicznej, w tym i przez Zamawiającego. Żadna z tych kontroli, a ostatnia z nich miała miejsce w 2022 r., nie wykazała jakichkolwiek uchybień. Analogiczne stanowisko było przedstawione do drugiej nieruchomości wykorzystywanej uprzednio pod lokalizację bazy magazynowo- transportowej w rozumieniu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i, która była przedmiotem kontroli organów administracji publicznej w zakresie zgodności z powołanym rozporządzeniem. Zdaniem Izby, Przystępujący uprawdopodobnił, przedstawiając dowody w ujęciu faktograficznym, że teren aktualnej bazy magazynowo- transportowej jest na tyle

duży, że pozwala jego wykorzystanie dla potrzeb tego zamówienia. Ponadto Przystępujący – jak wyjaśniał w ramach rażąco niskiej ceny - przewidział możliwość uruchomienia dodatkowej bazy magazynowo- transportowej.

Izba uznała za niezasadny podnoszony w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1016/22 zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zakresie którego Odwołujący podał, że wskazany w ofercie podmiot PPHU L.-MET S. L. z siedzibą w Żmigrodzie nie prowadzi instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Zdaniem Izby, przedstawiony wydruk z ekranu BDO i wyciąg – 2 strony Programu ochrony środowiska dla powiatu Trzebnickiego, gdzie na str. 2 akapit przedostatni wskazano na decyzje z 20.08.2014, w której opisie wskazano, że działalność dotyczy stacji demontażu pojazdów, nie mogą stanowić dowodu na potwierdzenie, że w zakresie recyklingu przedsiębiorca nie prowadzi działalności, tym bardziej, że z ogólnie dostępnych na stronach internetowych informacji wynika, że ta firma prowadzi taką działalność, w tym również z zakresu demontażu pojazdów.

Także za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp) związany z oceną oferty Komunalnik w kryterium oceny ofert rozdział XIX pkt. 5) - Kryterium środowiskowe: norma emisji spalin pojazdów, które będą użyte do realizacji przedmiotu zamówienia (20 %) i przyznaniem wykonawcy Komunalnik maksymalnej liczby punktów (20 pkt) w tym kryterium w związku z oświadczeniem wykonawcy, że zrealizuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z wykorzystaniem 4 dodatkowych pojazdów spełniających normę EURO 6, względem ilości minimalnej wynikającej z Rozdziału VII ust. 22 OPZ, podczas gdy wykonawca Komunalnik nie posiada ww. pojazdów na dzień złożenia oferty.

Zdaniem Izby z postanowień SWZ, z kompleksowej oceny postanowień rozdziału XIX SWZ i wzoru formularza ofertowego wynika, że punktowane przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego kryterium środowiskowego było – jak wskazywał Przystępujący - zobowiązanie się wykonawcy do wykorzystania w przyszłości (na etapie realizacji usługi) określonej liczby pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6. Takie stanowisko Zamawiający wyraził również w odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści dokumentacji przetargowej z 3 sierpnia 2021 r. – odpowiedź na pytanie nr 31: „*W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (Rozdział VIII ust. 1 podpunkt 1.3) lit. b SWZ), stosownie do Rozdziału X ust. 2 pkt 7 SWZ, na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca będzie zobowiązany do przedłożenia wykazu pojazdów oraz przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przez niego normy EURO 6. Dokumentem takim może być*

oświadczenie producenta pojazdu sporządzone w formie certyfikatu. W ocenie Zamawiającego, co do zasady, umowa leasingu lub umowa najmu nie potwierdzają spełnienia normy EURO 6, w przeciwieństwie do ww. oświadczenia producenta pojazdu lub dowodu rejestracyjnego. W odniesieniu do kryterium oceny ofert (Rozdział XIX pkt 4 SWZ), które dotyczy posiadania dodatkowych pojazdów, będzie ono weryfikowane na podstawie oświadczenia, zawartego w formularzu oferty (na etapie przetargowym). Weryfikacja dysponowania przez Wykonawcę flotą pojazdów, spełniającą wszystkie wymagania, nastąpi na etapie przygotowawczym zamówienia (Rozdział VI OPZ), tj. po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i może następować w toku realizacji zamówienia. W ramach kryterium premiowana jest realizacja zamówienia z wykorzystaniem określonego potencjału sprzętowego (spełniającego m.in. normy EURO 6), a nie posiadanie określonej floty pojazdów per se (co jest niedozwolone na gruncie przepisów P.z.p., albowiem takie kryterium dotyczyłoby właściwości wykonawcy a nie przedmiotu zamówienia – tak m.in. KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2019 r., KIO 55/19) jak również samo dysponowanie flotą na moment składania ofert. Dla Zamawiającego istotne jest to, aby określone pojazdy realizowały zamówienie, a nie to, czy Wykonawca je posiada (okoliczność sama w sobie). Zgodnie z zamierzeniem podstawowym (podstawowym zakresem zamówienia) realizacja zamówienia nastąpi ok. pół roku po zawarciu umowy, co jest okresem, w którym w warunkach rynkowych, istnieje możliwość nabycia floty spełniającej określone normy emisji spalin. Mając na uwadze powyższe nieuprawnione i ograniczające konkurencję byłoby żądanie posiadania pojazdów spełniających określoną normę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dysponowanie nimi na tym etapie i wykazanie ich posiadania poprzez określone dokumenty np. karty pojazdu w tym momencie. We wskazanym zakresie deklaracja ofertowa Wykonawcy jest zbieżna z innymi zobowiązaniami kontraktowymi, m.in. co do ceny świadczenia usług, ilości wyjazdów interwencyjnych.”.

Tym samym w zakresie nieuwzględnionym także wskazane naruszenie art. 16 ust.1 ustawy Pzp uznać należy za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2020r. poz. 2437), w tym jego § 7 ust. 5 w związku z § 7 ust. 2 pkt 2. Stosownie do postanowień § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia „2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: (...) 2) odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli

uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”. Jednakże w myśl ust.5 tego paragrafu: „Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania”. W tym przypadku Izba uznała za zasadne odstąpienie od rozdzielenia kosztów z uwagi na to, że kluczowe zarzuty uznała za zasadne, podobnie jak kluczowe żądanie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....
.....
.....