

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2022 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Magdalena Nałęcz (spr.)
Protokolant:	sek. sąd. Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 6 października 2022 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi wykonawcy: (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W.

z udziałem:

Zamawiającego – Przeciwnika skargi Związek (...) z siedzibą w G.

Wykonawcy – Przeciwnika skargi (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. oraz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Przeciwników skargi Konsorcjum: (...) Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 23 maja 2022 r, sygn. akt KIO 992/22 i KIO 1016/22

1. oddala skargę;
2. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz Zamawiającego – Przeciwnika skargi Związek (...) z siedzibą w G. 18.750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;
3. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz Wykonawcy – Przeciwnika skargi (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. 18.750 zł (osiemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego;
4. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Przeciwników skargi Konsorcjum: (...) Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

sędzia Magdalena Nałęcz

## UZASADNIENIE

Zamawiający Związek (...)z siedzibą w G. prowadzi 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. dalej jako

Pzp) postępowanie, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek (...) systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem (...) 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 G.;
- 3) część III - obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Sektora III, który obejmuje teren miasta G..

Wykonawca (...) wniósł odwołanie w zakresie części II i III, a wykonawca (...) 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 (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. (wykonawca (...)) lub Przystępujący (...) i ten wybór we wszystkich trzech częściach zamówienia został zaskarżony w odwołaniach przez Odwołujących.

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

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

o 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 (...) 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 (...) jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

II. dokonania czynności odrzucenia oferty (...);

III. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

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 w poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...), 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. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...), podczas gdy wykonawca ten oświadczył, iż zamierza zagospodarowywać odpady o kodzie (...) oraz (...) w „instalacji” (...) z siedzibą w Ż., podczas gdy wskazany podmiot nie prowadzi instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;

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 (...) 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;

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 (...) 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 (...) w poz. 1 Wykazu usług i pojazdów nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę tego warunku udziału;

5. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez błędną ocenę oferty (...) 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 (...) 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 (...) nie posiada ww. pojazdów na dzień złożenia oferty.

6. Odwołujący w związku z powyżej wskazanymi zarzutami wniósł:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

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

4. nakazanie Zamawiającemu:

- odrzucenia oferty (...) jako oferty zawierającej rażąco niską ceną,
- odrzuceniu oferty (...) jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ,

a w przypadku nieuwzględnienia, któregośkolwiek z powyższych zarzutów

- nakazaniu wezwania (...) do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu opisanych w rozdziale VIII pkt. 1.3) lit. a) tiret trzeci SWZ,
- dokonanie oceny oferty (...) zgodnie z kryteriami oceny oferty opisanymi w rozdziale XIX SWZ z pominięciem deklaracji wykonawcy dotyczącej wykorzystania 4 pojazdów spełniających normę EURO 6,

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

5. 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.

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

Zamawiający w piśmie z dnia 22 kwietnia 2022 r. oświadczył że (...) uwzględni w całości zarzuty Odwołującego (...)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 (...) Sp. z o.o., jest antycypowane wniesienie przez ten podmiot sprzeciwu wobec niniejszej czynności Zamawiającego (uwzględnienie odwołania w całości), na podstawie art. 523 Pzp. 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 (...) uwzględni w całości zarzuty Odwołującego, Konsorcjum firm: 1) (...) sp. z o.o. z siedzibą w D. oraz 2) Przedsiębiorstwa Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. (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 (...) - 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 (...) sp. z o.o. w dniu 27 kwietnia 2022 r., wezwany 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.

Wyrokiem z dnia 23 maja 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła częściowo odwołania i uznała za zasadne zarzuty podnoszone w odwołaniu o sygn. akt:

- a) KIO 992/22 i KIO 1016/22: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 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) 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;
- 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 (...) oraz (...) w „instalacji” (...) z siedzibą w Ż. związanej z rozdziałem IV. 1 OPZ;

oraz nakazała zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. w części I, II i III; b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach oraz c) odrzucenie oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. w części I, II i III i 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.

W pozostałym zakresie KIO uznało zarzuty za niezasadne i kosztami postępowania odwoławczego obciążyla wykonawcę: (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań każdy w kwocie po 15.000 zł. Nadto KIO zasądziło od wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz odwołującego: (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz zasądziła na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: (...) sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

W ramach rozważań Izba wskazała, że odwołania nie podlegają odrzuceniu, a wnoszący odwołanie wykonawcy posiadali i posiadają wymaganą art. 505 Pzp legitymację procesową do wniesienia tych odwołań.

Izba nie zgodziła się, co do podnoszonych przez Przystępującego podstaw odrzucenia odwołania o sygn. akt: KIO 992/22 na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp. Wykonawca (...) 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 do wniesienia odwołań.

W tym zakresie KIO wskazało, że oferta (...) została sklasyfikowana w części II i części III na drugiej pozycji, zatem w przypadku odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. stałaby się ofertą najkorzystniejszą. Izba - podobnie jak w przypadku braku podstaw do odrzucenia odwołania tego wykonawcy - stwierdza, że wykonawca (...) w świetle postanowień rozdziału XV pkt 1 SWZ był i uprawniony do złożenia oferty w zakresie części I oraz oferty w zakresie części II i III i tym samym nie można mu przypisać braku uprawnienia do wniesienia odwołania w zakresie części w zakresie których złożył samodzielnie ofertę.

Podobnie Konsorcjum (...) 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). 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 zaniechać Zamawiającego w Postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania”.

Wskazywany brak uzupełnienia przez Konsorcjum (...) na wezwanie zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, a tym samym jego oferta (na część I przedmiotowego zamówienia) także podlega odrzuceniu, 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 (...).

Izba w odniesieniu do podniesionych w odwołaniach zarzutów uznała, że odwołania podlegają uwzględnieniu w części i w konsekwencji uznała, że bezspornie obie oferty wykonawcy (...) złożone na część I oraz część II i III podlegają odrzuceniu z uwagi na naruszenie 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 Pzp.

W zakresie rażąco niskiej ceny Izba ustaliła, że 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 - 58 991 007,97 zł 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 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: (...) sp. z o.o. z siedzibą w G., oraz Partner Konsorcjum: (...) z siedzibą w G.;
- 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: (...) S.A. z siedzibą w K. i Partnerzy Konsorcjum: (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.;

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) (...) - sp. z o.o. z siedzibą we W.;

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: (...) sp. z o.o. z siedzibą w D. oraz Partner Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P.;

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) (...) sp. z o.o. z siedzibą w G.;

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: (...) S.A. z siedzibą w K. i

Partnerzy Konsorcjum: (...) sp. z o.o. z siedzibą w

Rusko, (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.

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) (...) - sp. z o.o. z siedzibą we W.

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) (...) sp. z o.o. z siedzibą w G.

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: (...) S.A. z siedzibą w K. i Partnerzy Konsorcjum: (...) sp. z o.o. z siedzibą w R., (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.

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) (...) - sp. z o.o. z siedzibą we W.;

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 (...) 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 wniosek 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.”

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca (...) - 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 (...) - 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 (...)), 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 (...) 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 B.. 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 (...) 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 (...) w zakresie przypisania odpowiedzialności wykonawcy za konkretne uchybienia, podejścia wóldarży Miasta B. 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) (...) 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 kolejnym wezwaniem z dnia 22 marca także oznaczonym jako: „Wniosek o złożenie wyjaśnień oraz dowodów” zażądał ustosunkowania się do pewnych kwestii (złożenia wyjaśnień) oraz ewentualnie złożenie dowodów.

Izba wskazała, że z analizy treści wyjaśnień z dnia 4 lutego 2022 r. w kontekście wezwania z dnia 24 stycznia 2022 r. wynika, że wykonawca (...) 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 zwróciła uwagę, że w myśl art. 224 ust. 4 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 (...) 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”. W tym miejscu zamieszczono tabele dotyczące liczby pracowników w sektorach, w Sektorze I-III - 74 osoby

i druga tabela: w Sektorze 11-111 - 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 (urlopy, 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 urlopy 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 G., 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 (...) 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”.

W ocenie Izby, 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 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 Pzp co jest czynnością obligatoryjną, a Zamawiający nie dochował należytej staranności w weryfikacji przesłanych dokumentów. Za taki dowód nie mogą być uznane - jak wskazywał Odwołujący (...) dwie kopie umów o pracę: z G. D. (zawartą w dniu 01.06.2020 r.) oraz I. B. (zawartą w dniu 1.10.2020 r.), z których treści nie wynika, że osoby te otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę. Izba zwróciła uwagę, że dopiero w wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2022 r. (...) 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.

Dalej Izba podniosła, że wyjaśnienia wykonawcy (...) także nie odnoszą się do wymaganego w punkcie 12 wezwania uwzględnienia w kalkulacji 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. nie świadczą o wybranych rozwiązaniach technicznych czy wyjątkowo korzystnych warunkach usług. Za taki dowód nie można uznać 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 (...); Faktura (...) dotycząca zakupu rękawic i butów; Faktury (...) za zakup części zamiennych do pojazdów; Faktury (...) za zakup części zamiennych do pojazdów; Faktury (...) za usługi wulkanizacyjne; Ofertę z (...) - oferta ma charakter ogólny, a z jej treści nie wynika, że podana cena zostanie utrzymana w całym okresie realizacji zamówienia; Cennik (...), na mycie samochodów - cennik ma charakter ogólny (Zarządzenie Prezesa Zarządu) skierowany do wszystkich podmiotów; Faktura za zakup paliwa ze stacji (...). 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 są zamieszczone tabele z danymi liczbowymi (nie dostępne - zastrzeżone jak tajemnica przedsiębiorstwa), ale też bez wyodrębnionej w opisie pozycji ryzyk kalkulacyjnych czy zysku.

W konkluzji Izba stwierdziła, 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 cena oferowana w każdym Sektorze przez wykonawcę (...) nie jest ceną rażąco niską w każdej z tych części. Z uwagi na brak informacji, a nie pojawienie wątpliwości, co do złożonych już wyjaśnień niezasadne było na skierowanie do tego wykonawcy kolejnego wezwania z dnia 22 marca 2022 r. Z tego też względu Izba uwzględniając podnoszony w odwołaniach zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 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 (...) w każdej z części w których zostały złożone oferty. Izba jednocześnie podkreśliła, że ustalenia w zakresie tych zarzutów związanych z ceną oferty wykonawcy (...) 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 (...) 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 (...)systemie odbioru odpadów komunalnych” powoływany przez Odwołujących - wyd. 3 kwiecień 2022 - opracowana przez Biuro (...) Sp. z o.o. z K. - 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 (...) decyzją Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2022 r.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp a zatem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba przywołała treść z rozdziałem VIII.1.3 lit. a) SWZ (...)zgodnie z którym: „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: (...)maksymalnie dwie usługi (dopuszczalne jest również wykonanie jednej usługi na rzecz jednego podmiotu na kwotę wskazana), 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(...)

W ocenie Izby, z treści tego warunku wynika zatem, że wymagane 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 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 (...) 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 W. 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 (...) 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 1.11.2018 - 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 (...) 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 ograniczoną do stwierdzenia zasadności zarzutu w związku z art.554 ust.2 Pzp.

W kwestii 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 (...) oraz (...) w „instalacji” (...) z siedzibą w Ż. związanej z rozdziałem IV. 1 OPZ Izba wskazała, że w tym przypadku Przystępujący w odpowiedzi na zarzut braku decyzji - na zagospodarowywanie odpadów o kodzie (...) oraz (...) w „instalacji” (...) z siedzibą w Ż. 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 (...), która obejmuje zbieranie m.in. odpadów o kodzie (...) (jak i też (...)).

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 uznał (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 (...) (jak i 15 01).

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 wynikającą 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 - 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.

Następnie Izba odnosiła się do zarzutów uznanych za niezasadne oraz uzasadniła rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniósł (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W. zaskarżając wyrok w części: co do punktu 1 wyroku, co do punktu 3 wyroku oraz co do punktu 4 wyroku (w całości - zarówno co do 4.1 jak i 4.2). Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

- 1) błędy w ustaleniach faktycznych polegające na nieprawdziwym ustaleniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, że:
  - i) (...) ma legitymację do wniesienia odwołania od czynności dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Skarżącego - co nie jest prawdą,
  - ii) oferta Skarżącego (dla wszystkich części zamówienia) obciążona jest rażąco niską ceną gdyż rzekomo wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są ogólnikowe, niekompletne i niepoparte wystarczającymi dowodami — co nie jest prawdą,
- (...) Skarżący nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie gdyż rzekomo nie świadczył usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, bowiem wykazana przez niego usługa wykonana na rzecz Miasta W. rzekomo nie obejmowała zagospodarowania odpadów komunalnych - co nie jest prawdą,
- iv) podmiot wskazany w ofercie Skarżącego dla zagospodarowania odpadów o kodzie (...) nie posiada aktualnej decyzji na zbieranie odpadów, gdy tymczasem taką decyzję posiada i co Skarżący wykazał w toku postępowania,
- v) podmiot wskazany w ofercie Skarżącego dla zagospodarowania odpadów o kodzie (...) powinien posiadać decyzję z zakresu gospodarki odpadami (na zbieranie odpadów), gdy tymczasem jako pośrednik w obrocie odpadami i

sprzedawca odpadów nie jest zobowiązany do posiadania takiej decyzji gdy nie obejmuje odpadów w fizyczne posiadanie,

co miało istotny wpływ na zapadłe w sprawie rozstrzygnięcie Izby,

2) naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

i) art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i art. 218 Pzp, względnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z punktem XVI. 1 SWZ, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie (względnie błędną wykładnię) i w konsekwencji błędne uznanie, że (...) miał interes we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie, do czego z kolei doprowadziło błędne przyjęcie przez Izbę, że dopuszczalne jest złożenie w przedmiotowym postępowaniu przez (...) dwóch niezależnych ofert, tj. na część I zamówienia w ramach konsorcjum, i jednocześnie na część II i III samodzielnie, mimo iż stanowi to naruszenie zasady jednej oferty obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu w myśl punktu XVI.1 SWZ, w konsekwencji czego odwołanie (...) podlegać winno oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania, bowiem interes do wniesienia odwołania i szkoda, którą Przeciwnik skargi i (...) upatruje wprost w wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej nie są rzeczywiste (realne), jako że złożenie przez niego dwóch ofert skutkować winno ich odrzuceniem przez Zamawiającego,

ii) art. 542 ust. 1 w zw. z art. 537 pkt 1, art. 534 ust. 1, art. 533 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w postępowaniu i postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego, całkowite pominięcie dowodów wniesionych przez Skarżącego jako przystępującego po stronie Zamawiającego, jak też stanowiska prezentowanego przez Skarżącego w toku rozprawy przed Izbą oraz wyciągnięcie z materiału dowodowego wniosków sprzecznych z tym materiałem, skutkujące błędnym i bezpodstawnym uznaniem, że Skarżący nie uprawdopodobnił w adekwatny sposób, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności zaś że jest kompletna i oparta na wiarygodnych dokumentach, że wykazana przez niego usług referencyjna (świadczona dla miasta W.) nie odpowiada sformułowanemu warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - doświadczenia, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte między Skarżącym a miastem W. nie obejmowały swym przedmiotem zagospodarowania odpadów komunalnych, że podmiot wskazany w ofercie Skarżącego w zakresie odpadów o kodzie (...) nie musi legitymować się w ogóle decyzją z zakresu gospodarki odpadami, jak i tego że takiej decyzji nie posiada;

(...) art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez uwzględnienie odwołań w części, pomimo że nie doszło do naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania,

iv) art. 559 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób niespełniający wymogów ustawowych, co uniemożliwia kontrolę instancyjną, w tym z uwagi na brak wyrażenia oceny co do całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również brak ewentualnego podania przyczyn odmówienia wiarygodności i mocy dowodowej przedłożonym przez skarżącego dowodom, a w konsekwencji przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, co doprowadziło Izbę do błędnych wniosków, bowiem uzasadnienie wyroku sprowadza się, co do zasady, jedynie do obszernego przytoczenia znanych już stronom postępowania odwoławczego zaprezentowanych przez nie stanowisk przy jednoczesnym braku wskazania na ustalenia i oceny własne Izby, co w sposób istotny zaburza odbiór uzasadnienia wyroku i utrudnia, o ile wręcz nie uniemożliwia, poznanie rozumowania Izby w rezultacie którego doszło do wydania wyroku,

3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

i) art 224 ust. 3 pkt 4 w zw. z art. 224 ust. 4 Pzp poprzez przyjęcie, że przedmiotem powołanej regulacji jest nałożenie na wykonawcę obowiązku udowodnienia (uprawdopodobnienia) w ramach instytucji wyjaśnień rażąco niskiej ceny faktu zatrudniania skalkulowanej liczby pracowników, czy też faktu opłacania składek na ubezpieczenie społeczne za pracowników, gdy owa regulacja wprost (przy czym z uwagi na jego charakter sankcyjny konieczne jest wąskie interpretowanie wyrażonej w nim normy prawnej) nakazuje skalkulowanie kosztów pracy w sposób zgodny z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę, co toż Skarżący uczynił w należyty sposób;

ii) art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp w zakresie zgodności kalkulacji kosztów pracy z przepisami odrębnymi właściwymi dla przedmiotu zamówienia oraz art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp (zgodność z lokalnymi, tj. obowiązującymi w miejscu świadczenia zamówienia, przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego), gdy takowych nie ma lub zostały one należycie wykazane,

(...) art. 224 ust. 3 w zw. z ust. 4-6 Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca musi udowodnić ponad wszelką wątpliwość, jak to sugeruje Izba (wskazując, że przedłożone do wyjaśnień dokumenty nie dotyczą bezpośrednio przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego), że ma już zagwarantowane (ustalone) umownie, i to na cały okres kontraktu, wszystkie warunki cenowe świadczenia usługi, gdy tymczasem istotą wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wyłącznie uprawdopodobnienie (a nie udowodnienie) przez wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena jest realna w ujęciu rynkowym i gwarantuje mu osiągnięcie zysku,

iv) art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 65 § 2, 353<sup>1</sup> i 354 § 1 k.c. w zw. z art. 6d ust. 1 i art. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach poprzez ich błędną wykładnię połączoną z błędną wykładnią umowy w sprawie zamówienia publicznego (w szczególności w zakresie jej przedmiotu), która łączyła Skarżącego z Miastem W. i w konsekwencji błędne uznanie, że Skarżący nie wykazał spełniania stawianego przez Zamawiającego wymogu posiadania doświadczenia w realizacji usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, a to z kolei poprzez błędne przyjęcie, że przedmiot realizowanej przez Skarżącego usługi na rzecz Miasta W. nie obejmował zagospodarowania odpadów komunalnych, podczas gdy w rzeczywistości Skarżący posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, jako że w ramach wykazanej usługi (umowy z Miastem W.) Skarżący cały czas samodzielnie zagospodarowywał frakcje odpadów składające się na odpady komunalne, tj. wszystkie odpady odbierane selektywnie,

v) art. 41 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 20 i 27, a także art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. c i art. 49 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpadach poprzez przyjęcie, że pośrednik w obrocie odpadami lub sprzedawca odpadów musi dysponować decyzją z zakresu gospodarki odpadami, gdy tymczasem nie jest ona konieczna, gdy nie obejmuje on odpadów w fizyczne posiadanie.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o zmianę wyroku i:

- oddalenie odwołania (...) w całości,
- oddalenie odwołania Konsorcjum (...) w całości,
- zasądzenie od (...) na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania skarg owo go, w tym opłaty od skargi oraz zastępstwa procesowego według norm przepisanych,
- zasądzenie od Konsorcjum (...) na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania skargowego, w tym opłaty od skargi oraz zastępstwa procesowego według norm przepisanych,
- orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, tj. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego (...) oraz Konsorcjum (...),
- przeprowadzenie rozprawy w celu rozpoznania skargi.

Odpowiedź na skargę wniósł Zamawiający, który zażądał zobowiązania skarżącego, na podstawie art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp, do uzupełnienia braków formalnych skargi - opłaty od skargi w kwocie 45.000 zł - z uwagi za zaskarżenie wyroku w dwóch sprawach, które pomimo połączenia do wspólnego rozpoznania, zachowały swoją rozłączność, a w przypadku nieuzupełnienia opłaty od skargi, odrzucenie skargi w całości, a w przypadku jej uzupełnienia oddalenie skargi w całości. Nadto wniósł o zasądzenie od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentu zaproszeń do negocjacji z dnia 10 listopada 2021 r. dot. sektorów II-III oraz zaproszeń do negocjacji z dnia 16 maja 2022 r. dot. sektorów II-III w celu wykazania

faktu istnienia po stronie konsorcjum współtworzonego przez skarżącego z (...) sp. z o.o., obowiązku zatrudniania kierowców i ładowaczy w oparciu o stosunek pracy w chwili realizacji usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów w chwili złożenia oferty przez skarżącego, jak i w chwili złożenia skargi (uzasadnienie dopuszczalności wniosku dowodowego na etapie postępowania w drugiej instancji wskazano niżej).

Odpowiedź na skargę wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: (...) sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., w której zażądali oddalenia skargi w całości jako bezzasadnej, dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt. KIO 992/22, KIO 1016/22), w tym w szczególności pism Konsorcjum (...) z 11 kwietnia 2022 r. oraz z 13 maja 2022 r. (wraz z załącznikami, oraz dowodów przedłożonych przez konsorcjum (...) w trakcie postępowania odwoławczego) w celu wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu oraz zasądzenia od Skarżącego na rzecz Konsorcjum (...) kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wniósł także wykonawca (...) sp. z o.o. z siedzibą w G., w której zażądał jej oddalenia i zasądzenia od Skarżącego (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. na rzecz przeciwnika skargi tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. zwrotu kosztów procesu oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

### ***Sąd okręgowy zważył, co następuje:***

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zanim sąd okręgowy odniesie się jednak do zarzutów w niej wywiedzionych wyjaśnić należy, że skarga podlegała oddaleniu już tylko z uwagi na fakt, iż zamawiający zawarł umowy dotyczące spornego zamówienia.

Wskazać należy, że skarżący domagał się zmiany wyroku KIO poprzez oddalenie odwołań w całości. Mimo ujawnienia na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2022 r. faktu zawarcia umów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczyły te odwołania, skarżący reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika nie zmienił żądania skargi. Powyższa okoliczność stała na przeszkodzie uwzględnieniu skargi i musiała skutkować jej oddaleniem. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 3 pkt 2-3 Pzp, uwzględniając skargę, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp Izba, a aktualnie sąd, może: unieważnić umowę albo unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albo jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Po zawarciu umowy nie ma już możliwości w toku postępowania sądowego oddalenia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w takich warunkach, w jakich miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. Tymczasem strona skarżąca, po uzyskaniu informacji o zawarciu umów już na etapie postępowania sądowego, w żaden sposób nie zmodyfikowała swojego żądania określonego w skardze. Sąd w postępowaniu skargowym jest zaś związany żądaniem zawartym w skardze. Kwestia ta była przedmiotem orzecznictwa jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r. (I CSK 19/16, niepubl.), wskazano, że wiązanie sądu żądaniem skarżącego uniemożliwia, bez jego oświadczenia, mającego na celu zmianę żądania pierwotnie wskazanego, orzekanie w odniesieniu do innego przedmiotu. Określenie rodzaju i zakresu ochrony prawnej jest rzeczą skarżącego. Postępowanie apelacyjne, którego uregulowania mają zastosowanie w postępowaniu skargowym, nie przewiduje możliwości decydowania przez sąd o przedmiocie żądania. W sytuacji niedokonania zmiany żądania, nie było podstaw do uwzględnienia żądania nieadekwatnego do zmienionych okoliczności sprawy wynikających z faktu zawarcia umowy przez zamawiającego.

Ponadto podkreślić należy, że zgodnie z art. 581 Pzp skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski



o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części, z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany. Elementem obligatoryjnym skargi jest więc nie tylko przytoczenie zarzutów, ale również zakresu żądanej zmiany orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a więc rodzaju żądania. W kontekście art. 554 Pzp strona skarżąca powinna jednoznacznie wskazać w jaki sposób domaga się zmiany zaskarżonego wyroku KIO. Powyższe ma o tyle znaczenie, że zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp sąd w postępowaniu skargowym rozpoznaje sprawę w granicach skargi. W powołanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r. wyraźnie wskazano, że przepisy regulujące postępowanie rozpoznające sprawę na skutek wniesienia skargi nie przewidują możliwości działania przez sąd z urzędu także co do przedmiotu żądania skarżącego.

Zawarcie umowy nie uniemożliwiało jednak udzielenia skarżącemu ochrony. Zgodnie z art. 582 Pzp, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, niemniej przyjmuje się, że skarżący może dokonać zmiany przedmiotu żądania w przypadku zmiany okoliczności, stosownie do art. 383 k.p.c. Mając na względzie powyższe stanowisko Sądu Najwyższego, jak i zbieżne z nim poglądy doktryny, przyjąć należy, że na skutek zmiany okoliczności faktycznych możliwa jest zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 588 ust. 2 i 3 w zw. z art. 554 ust. 1-3 Pzp. W przypadku bowiem, kiedy umowa zostanie zawarta po ogłoszeniu wyroku przez Izbę a po wniesieniu skargi (czyli w okolicznościach dopuszczonych w Pzp), sąd rozpoznający sprawę w postępowaniu skargowym może – w przypadku uznania jej zasadności – stwierdzić jedynie naruszenie przepisów Pzp (por. Komentarz do art. 582 Pzp, red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis 2021). W konsekwencji, po powzięciu informacji o zawarciu umów na wszystkie części, na które zostało podzielone zamówienie, strona skarżąca winna była zmienić żądanie skargi, bądź wystąpić z żądaniami ewentualnymi, a także podnieść nowe zarzuty w zakresie tych żądań, podtrzymując skargę w zakresie zarzutów w niej opisanych. Takich kroków skarżący jednak nie poczynił. Jak już wyżej wskazano, określenie rodzaju i zakresu ochrony prawnej należy zaś do skarżącego. Związanie sądu okręgowego żądaniem skarżącego uniemożliwiało, bez jego oświadczenia, mającego na celu zmianę żądania pierwotnie wskazanego w skardze, orzeczenie w odniesieniu do innego przedmiotu, a w konsekwencji ewentualne uwzględnienie skargi.

Przedstawione wyżej względy stanowiły samodzielną i wystarczającą podstawę do oddalenia skargi.

Niezależnie od powyższego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie również z uwagi na niezasadność wskazanych w niej zarzutów. Sąd okręgowy w całości bowiem podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołań, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te sąd okręgowy uznaje za własne. Sąd okręgowy w całości przychylił się także do oceny prawnej przedstawionej przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Argumentacja podniesiona w skardze sprowadza się w istocie do próby zdezawuowania stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w zakresie przyjęcia, że wykonawca (...) Sp. z o.o. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, jego oferta zawiera rażąco niską cenę, a nadto jest niezgodna z warunkami zamówienia. Co więcej skarżący kwestionował stanowisko Izby w zakresie w jakim dotyczyło one legitymacji (...) sp. z o.o. do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do tych zarzutów w pierwszej kolejności wskazać należy, że nie miał racji skarżący kwestionując legitymację (...) sp. z o.o. do wniesienia odwołania. W tym kontekście należy przypomnieć, że przedmiot zamówienia został podzielony na 3 rozłączne części. W specyfikacji warunków zamówienia, a konkretnie w rozdziale XVI pkt 1 wskazano, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, która mogła obejmować poszczególne części. (...) sp. z o.o. złożyła po jednej ofercie na każdą z części zamówienia, przy czym w zakresie części II i III działając samodzielnie, zaś w zakresie części I jako lider konsorcjum - wspólnie z (...) z siedzibą w G.. Mając na względzie to, że w zakresie każdej z części wykonawca ten złożył po jednej ofercie, nie sposób przyjąć, aby dopuścił się on uchybień, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia jego ofert. Uwzględniając z kolei fakt, iż w przypadku części II i III oferty złożone przez tego

wykonawcę zostały sklasyfikowane w rankingu ofert na drugiej pozycji, oczywistym pozostaje to, iż (...) sp. z o.o. było uprawnione do wniesienia odwołania w zakresie tych części zamówienia.

W ocenie sądu okręgowego całkowicie bezzasadny okazał się też zarzut naruszenia art. 559 ust.2 Pzp. Przepis ten stanowi, że uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa. O skutecznym postawieniu zarzutu naruszenia art. 559 ust.2 Pzp. można mówić wyjątkowo i tylko wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska KIO, a braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona, bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Zarzut ten może znaleźć zastosowanie jedynie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia KIO uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania zaskarżonego orzeczenia. W ocenie sądu okręgowego nie można przyjąć, że sposób argumentacji przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia uniemożliwiał rekonstrukcję ustaleń faktycznych i prawnych stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia KIO, a tym samym dokonanie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie orzeczenia odzwierciedla w sposób jasny i klarowny przeprowadzony sposób oraz tok rozumowania będący podstawą rozstrzygnięcia.

Wbrew zarzutom zawartym w skardze KIO dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 542 ust. 1 Pzp. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny. Dodać przy tym należy, iż w ocenie sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

Zdaniem sądu okręgowego przede wszystkim słuszne jest stanowisko Izby co do tego, że (...) sp. z o.o. nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. W tym kontekście należy przypomnieć, że zamawiający uzależnił udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od spełnienia warunku związanego z posiadaniem doświadczeniem. W rozdziale VIII.1.3 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia wskazano bowiem, że: „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: (...) 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 (usługą 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 przedmiotowego zapisu wynika, że wykonawca, który złożył ofertę na trzy części zamówienia, musiał zatem wykazać, że:

1. w okresie ostatnich trzech (3 lat) przed upływem terminu składania ofert wykonawca wykonał maksymalnie dwie usługi, każdą na rzecz jednego podmiotu (bez względu na liczbę zawartych umów) polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych.

2. usługa miała charakter ciągły i trwała nieprzerwanie przez 12 miesięcy.
3. wartość brutto usługi wynosiła łącznie co najmniej 12 milionów złotych w ciągu 12 miesięcy.

Termin składania ofert przypadał na dzień 14.01.2022 r., tym samym uwzględnieniu mogą podlegać wyłącznie usługi, których termin zakończenia przypadał nie wcześniej niż na dzień 14.01.2019 r.

Skoro w ramach tego warunku wymagane doświadczenie dotyczyło usługi kompleksowej, o charakterze ciągłym, oczywistym jest, że celem spełnienia tego warunku dany wykonawca winien legitymować się wymaganym co najmniej 12 miesięcznym doświadczeniem, przy takich projektach referencyjnych, w ramach których świadczenie usług obejmowało w tym samym czasie i przez cały wskazany w warunku okres odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. Tylko bowiem taka usługa ma charakter kompleksowy. Nie ma przy tym znaczenia, czy dotyczy ona jednego, czy kilku rodzajów odpadów. Ważne jest wyłącznie to, aby frakcja odpadów została w całości objęta obsługą danego podmiotu i nie ograniczała się wyłącznie do jej odbioru i transportu. Nie sposób przy tym pominąć, że owa usługa kompleksowa winna przedstawiać wartość co najmniej 12 mln zł brutto. KIO kompleksowość usługi rozumiała właśnie w powyższy sposób, stąd też twierdzenia, iż Izba niesłusznie uznała, że kompleksowość odnosi się do objęcia usługą wszystkich frakcji odpadów są chybione.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu skarżący powołał usługi jakie świadczył na rzecz Gmin (...) oraz (...). Odnosząc się do usług świadczonych na rzecz pierwszej z gmin wskazać należy, że obejmowały one dwa okresy – od 1.11.2016 r. do 30.06.2019 r. i od 1.07.2019 do 31.10.2019 r. i były realizowane w oparciu o 4 umowy:

1. umowę nr (...) z dnia 6.10.2016 r., obowiązującą do dnia 30 czerwca 2019 r., która przewidywała: odbiór i zagospodarowanie odpadów w okresie do dnia 31 grudnia 2016 r. (§ 2 ust. 1 pkt 1), odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych w okresie do 31 grudnia 2017 r. (§ 2 ust. 1 pkt 3),
2. umowę nr (...) z dnia 06.10.2016 r., obowiązującą do dnia 30 czerwca 2019 r., która przewidywała odbiór i zagospodarowanie odpadów w okresie do dnia 31 grudnia 2016 r. (§ 2 ust. 1 pkt 1), odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych w okresie do 31 grudnia 2017 r. (§ 2 ust. 1 pkt 3),
3. umowę nr (...) z dnia 25.06.2019 r., która przewidywała: odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych w sposób selektywny (§ 2 ust. 1 pkt 2-4), odbiór odpadów komunalnych niesegregowanych (§ 2 ust 1 pkt 1), w okresie od 1 lipca 2019 r. do 31 sierpnia 2019 r.,
4. umowę nr (...) z dnia 25.06.2019 r., która przewidywała: odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych w sposób selektywny (§ 2 ust. 1 pkt 2-4), odbiór odpadów komunalnych niesegregowanych (§ 2 ust. 1 pkt 1), w okresie od 1 lipca 2019 r. do 31 sierpnia 2019 r.,

W treści tych umów, a konkretnie ich § 9 ust. 4 rozróżniono wynagrodzenie w zależności od tego, czy dotyczy samego odbioru odpadów, czy również ich zagospodarowania, co wskazuje na to, że usługa świadczona przez skarżącego nie zawsze miała charakter kompleksowy, bowiem część strumienia odpadów nie była przez niego zagospodarowywana. Mając na względzie to, że od dnia od dnia 1 czerwca 2017 r. wykonawca w ramach 1 i 2 z umów był zobowiązany do przekazywania odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów w W., oczywistym jest, że od tej daty o gospodarowaniu tymi odpadami nie mogło być mowy. Wprawdzie skarżący w dalszym ciągu był odpowiedzialny za gospodarowanie odpadami selektywnymi oraz zielonymi, niemniej przypadku tych frakcji usługa kompleksowa była świadczona odpowiednio do 31 grudnia 2016 r. i 30 czerwca 2017 r. W dalszym okresie świadczenie wykonawcy było ograniczone do odbioru i transportu odpadów, dlatego nie mogło zostać uznane za usługę kompleksową. Zwrócić jednak należy uwagę na to, że usługa ta nawet w okresie, w którym była świadczona kompleksowo nie mogła zostać zakwalifikowana jako potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem wykracza poza okres trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. okres od 14 stycznia 2019 r. do 14 stycznia 2022 r. Odnotowania wymaga, że skarżący jako okres referencyjny wskazał daty od 1 listopada 2018 r. do 31 października 2019 r. Abstrahując jednak od tego, iż wliczeniu do okresu świadczenia usług potwierdzającego

spełnienie warunku udziału w postępowaniu mógł podlegać okres wyłącznie od 14 stycznia 2019 r., to wskazać należy, że w dalszych okresach współpracy skarżącego z gminą W. świadczone przez niego usługi były podzielone na:

1. usługi polegającej na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych zmieszanych (niesegregowanych) (które nie mogą świadczyć o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu),
2. usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów segregowanych (selektywna zbiórka), odpadów zielonych oraz wielkogabarytowych (usługa kompleksowa, mogąca potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu).

Odnotowania wymaga, że wartość usługi kompleksowej w okresie wskazanym przez skarżącego, tj. od 1 listopada 2018 r. do 31 października 2019 r. wynosiła 5.968.554,14 zł brutto, a nie jak twierdził skarżący 11.702.276,03 zł brutto, co znajduje potwierdzenie w danych dotyczących wolumenu i wartości poszczególnych usług uzyskanych od Miasta W. przez jednego z uczestników postępowania. Co istotne od tej kwoty należałoby jeszcze odjąć wartość usług za okres niepodlegający wliczeniu do referencyjnego, tj. od 1 listopada 2018 r. do 13 stycznia 2019 r. Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, że usługa ta nie była świadczona przez okres 12 miesięcy. Co więcej zsumowanie jej wartości z wartością usługi świadczonej na rzecz gminy (...) nie daje wymaganej wartości co najmniej 12 mln zł.

W tych okolicznościach słusznie Izba uznała, że skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i z tej przyczyny jego oferta winna zostać odrzucona.

Sąd okręgowy podziela także stanowisko Izby, iż oferta skarżącego zawierała rażąco niską cenę.

Tytułem wprowadzenia do tej kwestii wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie. Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny prima facie rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (aktualnie zob. załącznik I do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.7.2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenia (UE) Nr 1296/2013, (UE) Nr 1301/2013, (UE) Nr 1303/2013, (UE) Nr 1304/2013, (UE) Nr 1309/2013, (UE) Nr 1316/2013, (UE) Nr 223/2014 i (UE) Nr 283/2014 oraz decyzję Nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) Nr 966/2012, Dz.Urz. UE L 193, s. 1). Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę (wyr. Trybunał Sprawiedliwości UE z 10.9.2019 r. w sprawie T-741/17, (...) i (...) SA v. (...) Agencja (...), EU:T:2019:572).

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający mając na względzie to, iż (...) Sp. z o.o.:

- jako jedyny wykonawca 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,
- 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,
- 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: na sektorze 1 – ponad 14%, na sektorze 2 – ponad 7%, na sektorze 3 – ponad 13%, pomimo, iż w przeciwieństwie do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie prowadzi on własnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a wskazane przez niego instalacje znajdują się w znacznej odległości,
- 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 (...), unieważnione w dniu 30 września 2021 r., termin składania ofert: 23 sierpnia 2021 r.);

uznał za zasadne wezwanie (...) Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. We wniosku o złożenie wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2022 r. zamawiający zaznaczył, jakich informacji i dokumentów w szczególności oczekuje. Skarżący udzielił odpowiedzi na to pismo w dniu 4 lutego 2021 r. Wyjaśnienia te dotyczyły m.in.: pojazdów jakie zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia (w tym kosztów paliwa i mycia pojazdów); pojemników i worków na odpady (rozstawienia, mycia, odbioru, oklejania); kosztów zagospodarowania odpadów (zarówno z prawem opcji, jak i bez prawa opcji); kosztów pracowniczych. W treści przedmiotowego pisma znalazły się tabele przedstawiające, jak wykonawca skalkulował dane koszty, a także krótkie wyjaśnienia do każdego z wyliczeń. Nadto skarżący dołączył do wyjaśnień pojedyncze faktury i oferty, które miały świadczyć o prawidłowości dokonanych wyliczeń. Z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te pomimo obszerności samego pisma były w istocie ogólnikowe, skarżący pismem z dnia 22 marca 2022 r. został wezwany do udzielenia dodatkowych wyjaśnień. Abstrahując od tego, czy w okolicznościach niniejszej sprawy w ogóle zaistniały przesłanki uprawniające zamawiającego do wezwania skarżącego do dodatkowych wyjaśnień, to wskazać należy, że nawet w tych dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2022 roku skarżący nie zdołał obalić domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Przypomnieć przy tym należy, że w przypadku gdy zamawiający wezwie danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to ten 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. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty (tak tutaj Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 października 2020 r., XXIII Ga 1131/20). 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. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych.

W niniejszej sprawie, jak już zostało wskazane, wykonawca celem wykazania, że jego oferta nie jest rażąco niska przedłożył wyjaśnienia i dołączył do nich szereg pojedynczych faktur oraz ofert na różne usługi. Przedstawione przez niego dowody w żaden sposób nie dokumentują jednak faktycznego całkowitego poziomu danych kosztów. Z ich treści nie wynika również, aby wykonawca posiadał upusty, czy też był związany stałymi współpracami, co pozwala mu uzyskać konkretne usługi, z których będzie korzystał w ramach realizacji zamówienia, po określonej cenie, w dodatku niższej niż ta, którą za podobną usługę muszą zapłacić konkurenci. Skarżący nie przedstawił też żadnej umowy lub przynajmniej listu intencyjnego związanego z kluczowymi dla prawidłowej realizacji zadania kosztami, które potwierdzałyby, że ma on zagwarantowane określone ceny przez cały czas trwania zamówienia. Istotne jest przy tym to, że skarżący nie posiada własnej infrastruktury do gospodarowania odpadami. Z tych względów realizacja jednego

z podstawowych elementów zamówienia w jego przypadku musiałyby się odbywać poprzez współpracę z podmiotem świadczącym takie usługi. Celem wykazania rynkowości tego elementu ceny skarżący przedłożył ofertę opracowaną przez (...) sp. z o.o. Już jednak z treści tej oferty wynika, że ceny w niej wskazane mają charakter szacunkowy i mogą ulec zmianie w trakcie 36 miesięcy objętych zamówieniem. Nie ulega więc wątpliwości, że dokument ten nie mógł zostać uznany za wykazujący na prawidłowe, rynkowe skalkulowanie tego kosztu przez skarżącego. Podobne uwagi można poczynić w zakresie pozostałych ofert na pośrednictwo w zagospodarowaniu odpadami, jak również inne usługi takie jak transport, rozlokowanie pojemników, pranie, mycie aut, a także faktur na zakup paliwa i odzieży roboczej. Z całą stanowczością należy podkreślić, że są to przykładowe dokumenty związane z działalnością firmy. Wykonawca, w żaden sposób nie wykazał jak te czynniki wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości o jakie mogłby obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Zaakcentowania przy tym wymaga, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17). Z tych względów wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak wystarczającej inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Z tych względów słusznie Izba uznała, iż oferta skarżącego była rażąco niska i nie naruszył przy tym wskazywanych w skardze przepisów prawa materialnego i procesowego.

Nie sposób również odmówić prawidłowości stanowisku Izby, iż oferta skarżącego była niezgodna z SWZ. W tym kontekście należy wyjaśnić, że z uwagi na fakt, iż zamówienie będące przedmiotem spornego postępowania dotyczyło również zagospodarowania odpadów wykonawcy byli zobowiązani wskazać instalacje, do których będą przekazywać odebrane odpady komunalne do zagospodarowania. Skarżący w formularzu ofertowym oświadczył, iż zamierza zagospodarowywać odpady o kodzie (...) (odpady z tworzywa sztucznych) oraz (...) (zmieszane odpady opakowaniowe) w „instalacji” (...) z siedzibą w Ż. (...), przy ul. (...) NIP: (...). Z uwagi na to, że uprawnienie tego podmiotu do gospodarowania odpadami budziło wątpliwości, skarżący w trakcie postępowania odwoławczego wyjaśnił, że (...) legitymuje się decyzją z 28 października 2014 r., nr (...), która obejmuje zbieranie m.in. odpadów o kodzie (...) (jak i też (...)) oraz 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. Jak jednak słusznie zauważyła Izba, przepisy ustawy o zmianie ustawy o odpadach z 20.07.2018 (Dz. U. 2018 poz. 1592) nałożyły na podmioty posiadające decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów, obowiązek złożenia wniosku o zmianę decyzji posiadanej decyzji do 05.03.2020 r. Zgodnie bowiem z art. 14 ustawy o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lipca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1592) posiadacz odpadów, który przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów, zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytwarzanie odpadów uwzględniające zbieranie lub przetwarzanie odpadów, jest obowiązany, w terminie do dnia 5 marca 2020 r., złożyć wniosek o zmianę posiadanej decyzji. Zgodnie z art. 14 ust. 4 ww. ustawy zmieniającej konsekwencją jeżeli posiadacz odpadów nie złoży wniosku spełniającego wymagania, o których mowa w ust 1 i 2, w terminie, o którym mowa w ust 1, zezwolenie na zbieranie odpadów, zezwolenie na przetwarzanie odpadów, zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów albo pozwolenie na wytwarzanie odpadów, w zakresie określenia wymagań dotyczących zbierania lub przetwarzania odpadów, wygasa. Materiał zaofiarowany przez skarżącego nie wskazywał jednak na to, aby wskazany przez niego podmiot taką decyzję złożył. Na gruncie ww. ustawy brak złożenia takiego wniosku skutkowało wygaśnięciem decyzji. Skoro zatem w aktach postępowania nie ma ani wniosku o zmianę dotychczasowej decyzji, ani też nowej decyzji wydanej po zmianie przepisów, słusznie przyjęto, iż skarżący nie wykazał, aby podmiot ten posiadał uprawnienie do gospodarowania odpadami o kodach (...) /(...). W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, iż oferta skarżącego nie może być uznana za zgodną z SWZ.

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, na podstawie art. 588 ust.1 Pzp, sąd okręgowy oddalił skargę, jak w punkcie 1 wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono jak w punkcie 2 - 4 na podstawie art. 589 Pzp, który stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Skarżący jako strona przegrywająca postępowanie skargowe jest zobowiązany do zwrotu każdemu z przeciwników skargi (którymi były obaj wykonawcy (...) spółka z o.o. i Konsorcjum (...)) a także zamawiający) kosztów zastępstwa prawnego.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Konsorcjum (...) sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego strony radcy prawnego w kwocie 12.500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik tego przeciwnika skargi prowadził sprawę również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.

Z kolei koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez (...) i Zamawiającego sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego strony radcy prawnego w kwocie 18.750 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U z 2018 r., poz. 265 ze zm.), z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnicy tych podmiotów nie prowadzili sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 75% stawki minimalnej.

Wypada zauważyć, że żaden przepis ww. rozporządzenia nie określa wysokości wynagrodzenia radcy prawnego w sprawach ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Brak jest również podstaw by poszukiwać dalekich analogii z innymi przepisami określającymi wysokość stawki w poszczególnych rodzajach spraw. Dlatego zdaniem sądu zastosowanie powinny tu znaleźć postanowienia § 2 rozporządzenia określającego w sposób najbardziej ogólny stawki minimalne uzależniającego ich wysokość od wartości przedmiotu sprawy (tu zaskarżenia).

sędzia Magdalena Nałęcz