Sygn. akt: KIO 777/22

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Paulina Rypińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy

przy udziale wykonawcy Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki

Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy na rzecz zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich w Legnicy kwotę 4 335 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści pięć złotych i pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 777/22

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

Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn. „Utrzymanie czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie miasta Legnicy" (nr ref. DP/07/2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 maca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00072106/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których

mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 marca 2022 r. wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu, wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wobec zaniechania uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (przekazane przez Przystępującego informacje nie zawierają uzasadnienia i kalkulacji kosztów, które w sposób precyzyjny ustalałyby wysokość zaproponowanej kwoty), wobec braku uwzględnienia w postępowaniu przepisów z zakresu ochrony środowiska, transportu odpadów i ich zagospodarowaniu w myśl art. 224 ust 3 pkt 7 ustawy Pzp oraz wobec braku uwzględnienia w postępowaniu przepisów z zakresu ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych w nawiązaniu do zapisów art. 224 ust 3 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób

niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;

2. art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny a także wskutek nie uwzględnienia zapisów przepisów odrębnych zapewniających najlepszą jakość usług uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizacji oraz uzyskanie najlepszych efektów środowiskowych

3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od Przystępującego rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazana przez Przystępującego oferta nie zawiera kalkulacji co do ustalenia ceny ofertowej);

4. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

6. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;

8. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechania żądania wyjaśnień od Przystępującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważniania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności: ponownym przygotowaniu dokumentacji z uwzględnieniem warunków „środowiskowych", które są możliwe do spełnienia w powyższym postępowaniu; badania i oceny ofert; wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, iż zaproponowana przez Przystępującego cena realizacji usługi wynosi 268.142,40 zł brutto, co daje równowartość kwoty za 1 miesiąc

brutto 22.345,20 zł. Była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert. Zamawiający na sfinansowanie ww. usługi przeznaczył kwotę brutto 275.000,00 zł. Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w okresie od 1 kwietnia 2021 roku do 31 stycznia 2022 roku (10 miesięcy) wydatkował na realizację takiej samej usługi kwotę 228.852,00 zł

brutto co daje średnio miesięczny koszt 22.885,20 zł. Jak wynika z powyższego, w niniejszym postępowaniu Przystępujący zaproponował cenę niższą zarówno od kwoty, którą Zarząd Dróg Miejskich przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jak i niższą od realizacji usługi, którą wykonywał w okresie od 1 kwietnia 2021 roku do 31 stycznia 2022 roku tj. 10 miesięcy. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia usługi prawdopodobnie uwzględnił jedynie koszty, które rzeczywiście poniósł w ciągu 10 miesięcy. Przy szacowaniu wartości zamówienia nie zostały uwzględnione takie czynniki jak wzrost inflacji, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, wzrost kosztów paliwa czy też wzrost cen zagospodarowania odpadów.

Odwołujący wskazał, iż podstawowe koszty związane z realizacją usług, będących przedmiotem zamówienia, to m.in.: koszt pracowników, koszty paliwa, koszt amortyzacji, koszty utylizacji odpadów. W oferowanej cenie musi zostać uwzględniony przez wykonawcę co najmniej minimalny zysk wykonawcy, chociażby na poziomie 1%. Zarówno przedsiębiorca jak i zamawiający, rzetelnie kalkulujący cenę realizacji usługi musi uwzględnić, w tym np.: 1) podatki; 2) koszty eksploatacji samochodów (m.in. takich jak opony, płyny, części zamienne); 3) umowy ubezpieczenia (np. obowiązkowego ubezpieczenia OC pojazdów); 4) amortyzację; 5) media (energia elektryczna, woda); 6) wzrost kosztów realizacji usługi przez okres trwania umowy (cena realizacji usługi dla Zamawiającego jest stała); 7) rezerwy na poczet kosztów dodatkowych, nieprzewidzianych (min. 5%); 8) rezerwy na ewentualne kary nałożone przez Zamawiającego. Odwołujący poddał w wątpliwość czy wykonanie usługi utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków przy cenie zaproponowanej przez Przystępującego jest realne. Jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji tego typu usług, Odwołujący stwierdził, iż kalkulacja ceny przez Przystępującego nie uwzględnia wielu istotnych czynników, które zostały wskazane powyżej. W przypadku ceny zaoferowanej przez Przystępującego usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Dodatkowo Odwołujący wskazał iż Przystępujący w 2021 roku do przetargu o tej samej treści przystępował jako konsorcjum firm z firmą P. W. Firma Handlowo Usługowa P. W. . Odwołujący ponadto podniósł, iż ustawa Pzp nie precyzuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną. Jednakże zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem

postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających

odrzuceniu).

W ocenie Odwołującego należy uznać, że oferta Przystępującego przewiduje świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów. W przypadku ceny zaoferowanej przez Przystępującego usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim. Zdaniem Odwołującego wskazane powyżej okoliczności potwierdzają, że cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą lub poniżej standardów jakości. Tym samym należy mieć w szczególności na uwadze szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego. W przypadku gdyby do obecnej ceny jaką Zamawiający poniósł na realizację usługi za 1 miesiąc doliczyć chociażby wskaźnik inflacji na poziomie 9,7% kwota na realizację zamówienia wzrosłaby do kwoty 301.260,72 zł. Wzrost cen Zamawiający nie może opierać jedynie na poziomie inflacji gdyż niezbędnymi składnikami do realizacji usługi są koszty pracownicze, koszty paliwa i amortyzacji sprzętów i pojazdów a także koszty zagospodarowania odpadów. Odwołujący stwierdził także, że Zamawiający nie może dowolnie kształtować/ szacować w postępowaniu w ramach zamówień publicznej kwot na sfinansowanie danego zadania. W dokumentacji Zamawiającego, brak jest jakiegokolwiek dokumentu wskazującego na podjęcie czynności związanych z ustaleniem rynkowej wartości przedmiotowego zadania, czy też na jakiej podstawie ustalono kwotę przeznaczona na

sfinansowanie tego zadania. Zaniechanie takich czynności w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na naruszenie zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zawartych w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący poddał również w wątpliwość, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu w części zdolności techniczne i zawodowe Zamawiający wymagał w okresie ostatnich 3 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy w tym okresie co najmniej usługi o podobnym profilu, polegającej na opróżnianiu koszy, utrzymaniu czystości, usuwaniu skutków zimy - o wartości co najmniej 150.000,00 zł. Natomiast w 2021 roku była to kwota 300.000,00 zł. Zadziwiające jest zatem dla Odwołującego, że Zamawiający obniżył przedmiotowe warunki, w sytuacji gdy od stycznia 2022 r. z uwagi na zmianę przepisów prawa w Polsce (Polski Ład) oraz znaczny wzrost płacy minimalnej, energii, gazu, paliw innych nośników energii, koszty działalności przedsiębiorców znacznie wzrosły, co powinno

przełożyć się na wartości oferowanych wynagrodzeń za świadczone usługi i roboty. W zakresie informacji, że wykonawca odpowiada za zanieczyszczenia i odpady zebrane z pasa drogowego według oceny Odwołującego niezbędne jest wymaganie od przyszłego Wykonawcy potwierdzeń przekazywania odpadów na instalację komunalną. W zakresie zapisów Ustawy o odpadach i Ustawy Prawo Ochrony Środowiska wg oceny Odwołującego oprócz posiadania wpisu w rejestrze Bazy Danych o Odpadach, który to wymóg należało umieścić w części VIII pkt 2 ppkt 2) od potencjalnego Wykonawcy należałoby wymagać posiadania wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w Gminie na terenie której toczy się postępowanie. Odwołujący podkreślił, że zagospodarowanie odpadów to proces obejmujący szereg czynności, w tym transport odpadów i posiadanie przez wykonawcę odpowiednich warunków techniczno-lokalowych do ich wykonywania. Pozostałym wymogiem jaki w aspektach środowiskowych jest uwzględniany od tego roku są zapisy ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, art. 68 ust 3 który stanowi: 3. Jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączmy udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Przepisu nie stosuje się do zlecania lub powierzania wykonania zadania publicznego, do którego nie stosuje się ustawy Pzp oraz do wykonywania, zlecania lub powierzania zadań publicznych dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zamiataniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu. Odwołujący wskazał, iż art. 35 ust 2 pkt 1 ustawy odnosi się do zadań własnych gminy - art. 7 ust 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym - np. utrzymanie czystości i porządku a porządkowanie wiat jest niczym innym jak utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy. Posiadanie w takim wypadku niezbędnych pozwoleń, zezwoleń, wpisów do odpowiednich rejestrów a co najważniejsze posiadanie umowy z instalacją komunalną do której będą trafiały zebrane odpady przyczyni się m.in. do braku podrzucania tych odpadów do Gminnego systemu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 17 marca 2022 roku powołuje się na tezę, że nie ma konieczności składania referencji/doświadczenia przez Przystępującego z tego względu, że usługa ta jest przez niego realizowana. Zamawiający nie podniósł jednak kwestii, że w 2021 roku usługę realizowało konsorcjum firm: Eco Spring Sp.

z o.o. i P. W. Firma Handlowo - Usługowa P. W., a obecnie ofertę złożyła firma Eco Spring Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego należy zatem domniemywać, że Zamawiający nie dochował należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów. Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu przedstawiając nieprawdziwe informacje w załączniku do oferty: „Wykaz usług porównywalnych z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia" sekcja V Ogłoszenia o zamówienia Kwalifikacja Wykonawców.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał w szczególności, że Odwołujący nie mógłby uzyskać zamówienia, ponieważ oferowana przez niego cena przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podniósł także, iż prawidłowo oszacował wartość zamówienia, przyjmując wartość prac zakończonych i rozliczonych za poprzednie 12 miesięcy, uwzględniając też wskaźnik wzrostu cen o 8%. Zamawiający wskazał ponadto, że zmniejszony został zakres usług w stosunku do poprzedniego postępowania o prace związane z naprawą uszkodzonych koszy na śmieci. Zamawiający wyjaśnił, iż wybrany wykonawca świadczył takie usługi na rzecz Zamawiającego, a jego potencjał techniczny i zawodowy jest Zamawiającemu znany. Wykonawca składając ofertę wykazał spełnienie wymagań SWZ, a Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę ani aby wzywać tego wykonawcę do wyjaśnień. Zamawiający wskazał w tym zakresie na niewielką różnicę

pomiędzy ceną oferty Przystępującego (269 142,40 zł brutto) i wartością szacunkową zamówienia (273 777,84 zł brutto). Zamawiający podniósł ponadto, że prowadzona na obecnym etapie przez Odwołującego analiza warunków udziału w postępowaniu jest błędna. Zamawiający wskazał, iż nie było podstaw do wzywania Przystępującego do wyjaśnień. Wskazał też, że SWZ uwzględnia przepisy z zakresu ochrony środowiska, a Przystępujący figuruje w rejestrze Bazy Danych o Odpadach, może samodzielnie oddawać odpady do Instalacji Komunalnych i nie musi posiadać wpisu do RDR w Gminie, ponieważ Zamawiający nie wskazywał, że trzeba oddawać odpady w Legnicy. Zamawiający wskazał także na niezasadność twierdzeń o braku uwzględnienia przepisów z zakresu ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych oraz na fakt, że są to twierdzenia spóźnione, które należało podnosić na etapie ogłoszenia.

Przystępujący Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, iż zgodnie art. 90 ustawy Pzp rażąco niska cena występuje gdy: cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający na sfinansowanie zamówienia Utrzymanie czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie miasta Legnicy przeznaczył kwotę 275.000 zł brutto, natomiast oferta wykonawcy Eco Spring sp. z o.o. wyniosła 268.142,40 zł brutto, czyli była nieco o ponad 2 % niższa od wartości zamówienia. Przystępujący zauważył, że Odwołujący bez problemu mógł się dowiedzieć jaką kwotą dysponuje Zamawiający na sfinansowanie zamówienia. Na stronie internetowej Zamawiający w dniu 27.01.2022 opublikował „Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2022", w którym w poz. 1.3.10 zamieścił orientacyjną wartość zamówienia „Utrzymanie czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie miasta Legnicy" w kwocie 254 600,00 PLN. Dalej Przystępujący wskazał, iż w dobie pandemii i innych zdarzeń, jak chociażby wojna na Ukrainie i napływ uchodźców do Polski, samorządy borykają się ze wzmożonymi wydatkami. Dlatego zmuszone są realizować swoje zadania nie drożej niż obecnie. Wiedząc, że gmina dysponuje ograniczonym budżetem, Przystępujący optymalizuje swoje wydatki oraz zwiększa efektywność pracy, co pozwala realizować zadanie z przyzwoitym zyskiem uwzględniając podwyżki niektórych materiałów.

Przystępujący wskazał, iż cena zaoferowana przez niego nie jest ceną rażąco niską, pomimo, że jest niższa, niż zaoferowana za taka samą usługę rok wcześniej i zapewnia firmie zysk na przyzwoitym poziomie. Doświadczenie, które zostało zdobyte przez firmę pozwoliło na zmniejszenie generowanych kosztów, poprzez zwiększenie efektywności pracy oraz wykorzystywanie bardziej wydajnego ekonomicznie sprzętu, pomimo zwiększonych cen paliw, wynagrodzeń oraz inflacji. Do realizacji umowy Przystępujący wykorzystuje doświadczoną i wykfalifikowaną załogę oraz kadrę kierowniczą. Przystępujący zwrócił uwagę, że nazbyt maksymalistyczna biurokracja, niebotyczne wynagrodzenie Prezesa Odwołującego oraz przerost zatrudnienia a co za tym idzie spadek efektywności pracy w LPGK sp. z o.o. generuje bardzo wysokie koszty. Dla przykładu Prezes Przystępującego pełni nie tylko funkcję Prezesa Zarządu, ale także nadzoruje i kieruje pracą pracowników spółki, przez co nie ma konieczności zatrudniania dodatkowej osoby na stanowisku kierowniczym. Porównując oferty cenowe obydwu wykonawców, można zauważyć, że miesięczna różnica w cenie brutto, to kwota jaką należy przeznaczyć na wynagrodzenie osoby zatrudnionej na stanowisku kierowniczym (6 868,80 zł). Przystępujący wskazał, iż u Odwołującego funkcjonują także zakłady generujące straty, które wykonawca ten pokrywa z zysków innych zakładów przynoszących dochód. Dlatego też stara się jak najbardziej podwyższyć ceny za oferowane usługi, nie zwracając uwagi na rzeczywiste ceny rynkowe i koszty, które faktycznie ponosi się przy świadczeniu tego typu usług. Ponadto zarządzanie miejskimi spółkami odbywa się często w mniej operatywny sposób, niż firmami z kapitałem prywatnym. Dlatego też oferty innych konkurencyjnych firm będą dużo tańsze, mimo, że będą gwarantowały przyzwoity zysk. Przystępujący zaznaczył też, że Odwołujący od 2019 roku do dnia dzisiejszego, nie świadczy usługi utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie miasta Legnicy, w związku z tym nie jest zorientowany co do wysokości ponoszonych kosztów oraz spodziewanych zysków.

Dalej Przystępujący zauważył, że Odwołujący próbuje manipulować cenami porównując kwotę zamówienia zaoferowaną w tym postępowaniu za 12 miesięcy, z kwotą w poprzednim postępowaniu w okresie 01.04.2021 do 31.01.2022 czyli za 10 miesięcy. Miesięczna kwota zaoferowana w postępowaniu za okres od 01.04.2022 - 30.03.2023 przez Przystępującego jest tylko o 540 zł brutto mniejsza od kwoty zaoferowanej w roku poprzednim. Nieprawdą jest, że doszło do naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z prawem, zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający w prawidłowy sposób zamieścił ogłoszenie na stronie internetowej prowadzonego postępowania, na platformie pod ID nr 580322 oraz na swojej stronie internetowej . Z ogłoszeniem tym mógł zapoznać się każdy potencjalny wykonawca. Jeżeli Odwołujący miał zastrzeżenia co do

treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia, na podst. art. 513 ust. 1 mógł wnieść odwołanie w terminie zgodnym z art. 515 ust.2 pkt 2) tj. 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, lub dokumentów na stronie internetowej, czyli w tym przypadku do dnia 07.03.2022. Brak wniesienia odwołania co do treści warunków zamówienia, oznacza, że Odwołujący nie miał żadnych zastrzeżeń co do treści ogłoszenia.

Przystępujący wskazał także, że Zamawiający ma prawo sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający w tym przypadku określił warunki dot. zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: usługi o podobnym profilu , polegające na opróżnianiu koszy, utrzymaniu czystości, usuwaniu skutków zimy - o wartości co najmniej: 150 000 zł brutto łącznie.” Rok wcześniej była to kwota 300.000 zł ale zawężała ona znacznie krąg wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu. Zmniejszenie wartości prac wpłynęło na możliwość uczestniczenia w postępowaniu innych podmiotów niż tylko Odwołujący. Tym bardziej zarzut wykluczenia innych wykonawców z dostępu do rynku jest niedorzeczny. Przystępujący wspomniał także, że Odwołujący jest miejską spółką, która ma dominującą pozycję na rynku. Zajmuje się miedzy innymi wywozem odpadów z miasta Legnicy oraz zarządza miejscową Instalacją Komunalną. Pozycja monopolistyczna Odwołującego przez wiele lat powodowała, że wykonawca ten nadmiernie zawyżał cenę.

Ceny te były nieuczciwe, rażąco nieekwiwalentne, w stosunku do ekonomicznej wartości oferowanego świadczenia. W poprzednich latach, w wielu przypadkach, w postępowaniach prowadzonych przez gminę Legnica jedynym wykonawcą, który składał ofertę był Odwołujący, ponieważ żadna inna z firm działających na lokalnym rynku, nie była w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu, co tylko potwierdzało pozycję monopolistyczną tej firmy. Pojawienie się na rynku firmy konkurencyjnej w postaci Przystępującego spowodowało obniżenie cen za usługi, które wcześniej świadczył Odwołujący i dostosowało ceny do cen rynkowych. Dlatego tez złożenie odwołania do rozstrzygnięcia postępowania przez Odwołującego jest dowodem braku pogodzenia się tego wykonawcy z pojawieniem się firmy konkurencyjnej i utratą pozycji monopolistycznej w zakresie oczyszczania miasta.

Przystępujący wskazał ponadto, iż Zamawiający nie zażądał wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny, gdyż nie miał takiego obowiązku, ponieważ nie była to rażąco niska cena. Ponadto zgodnie z SWZ „Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.”, czyli miała być to cena ryczałtowa. W związku z powyższym nie było konieczne dołączanie do formularza ofertowego kalkulacji cen jednostkowych. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. W związku z tym zarzuty te są całkowicie bezpodstawne. Biorąc pod uwagę to, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zamawiający nie musiał wzywać Przystępującego do złożenia wyjaśnień, tym bardziej, ze cena nie posiadała cech „rażąco niskiej ceny”. Odnośnie zanieczyszczeń i odpadów powstałych podczas świadczenia usługi, Przystępujący posiada zawarte umowy na dostarczanie odpadów do Instalacji Komunalnych w okolicach. Nie jest to Instalacja Komunalna, którą prowadzi Odwołujący, gdyż firma ta narzuciła wysokie ceny za odbiór odpadów i dąży do tego aby wszyscy wykonawcy świadczący usługi na rzecz gminy, obligatoryjnie zawierali umowy z Odwołującym na dostawę odpadów w Instalacji Komunalnej, co po raz kolejny potwierdza dominująca pozycję tej firmy i chęć całkowitego zmonopolizowania rynku. Jeżeli podmiot, który prowadzi działalność polegającą wyłącznie na opróżnianiu koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątaniu ulic i targowisk, może, ale nie musi być podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) wytwórcą odpadów w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę. Wytwórca odpadów może samodzielnie oddawać odpady do Instalacji i nie musi w tym celu posiadać wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w gminie. Wpis taki posiada Odwołujący z racji odbioru odpadów od wytwórców odpadów na terenie Legnicy i próbuje po raz kolejny narzucić zamawiającemu, warunek udziału w postępowaniu, który by to wykluczył z udziału w postępowaniu wielu potencjalnych wykonawców. Jeżeli chodzi o sprzęt będący w posiadaniu Przystępującego to Przystępujący zaznaczył, że dysponuje nowoczesnym sprzętem zasilanym paliwami alternatywnymi, o czym dobrze wie Odwołujący, gdyż niejednokrotnie obie firmy brały udział w postępowaniach, w których warunkiem uczestnictwa

było posiadanie takiego sprzętu w ilości minimum 2 szt.

Nie jest prawdą, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu przedstawiając nieprawdziwe informacje. Przystępujący realizował usługę utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie Legnicy w 2021 r. jako Lider konsorcjum i był odpowiedzialne za całość wykonania tej usługi, wykorzystując swój sprzęt oraz pracowników. Konsorcjum firm Eco Spring sp. z o.o., jako Lider oraz Firmy Handlowo-Usługowej P. W., jako Partner było założone w celu wspólnego udziału w zamówieniu, gdzie Partner Konsorcjum miał służyć przede wszystkim wiedzą i doświadczeniem, które na tamtą chwilę było większe niż doświadczenie Eco Spring sp. z o.o. Właściciel FHU P. W., pan P. W., jest zatrudniony w Eco Spring sp. z o.o. od dnia 01.02.2020 r. i aktywnie uczestniczył w świadczeniu usługi utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie Legnicy w ramach spółki Eco Spring sp. z o.o. Wniosek jest taki, że Eco Spring realizowało ww. usługę w 100 % . Ponadto Przystępujący powołał się na art. 127 ust.1 i 2 ustawy Pzp. Przystępujący zaznaczył, że posiada nie tylko doświadczenie w świadczeniu takich samych usług na zlecenie gminy ale też i innych podmiotów jak chociażby Legnicka Specjalna Strefa Ekonomiczna S.A., na rzecz której świadczone były: „Usługi porządkowe i usługi zimowego utrzymania obszaru sąsiadującego z terenem LSSE podstrefa Polkowice w latach 2020-21" na kwotę 260.634,50 zł brutto oraz Usługi porządkowe i usługi zimowego utrzymania obszaru LSSE Podstrefa Legnica i Legnickie Pole" w latach 2021-2022", na kwotę 224 112,19 zł brutto. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego oraz o nieuwzględnienie wszystkich podnoszonych w nim zarzutów oraz żądań co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Eco Spring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego lub wezwania Przystępującego wyjaśnień w zakresie ceny, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wykaz usług złożony przez Przystępującego wraz z referencjami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest utrzymanie czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie miasta Legnicy w okresie 12 miesięcy. Zgodnie z pkt VIII.2.4 lit. a) SWZ Zamawiający ustalił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: usługi o podobnym profilu, polegające na opróżnianiu koszy, utrzymaniu czystości, usuwaniu skutków zimy - o wartości co najmniej 150 000 zł brutto łącznie. Pod uwagę będą brane te usługi, w których zostaną określone rodzaj, wartość robót, rok realizacji, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane prawidłowo. Zamawiający wskazał także, że wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania przepisów ustawy Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o odpadach oraz, że zobowiązany jest do posiada wpisu w rejestrze Bazy Danych o Odpadach (BDO) w odpowiednim zakresie, zgodnie z przepisami ustawy o odpadach. Zamawiający w pkt X.4.3 SWZ wskazał jako jeden z wymaganych podmiotowych środków dowodowych wykaz

usług porównywalnych z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są należycie wykonywane, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Zamawiający w pkt X.8 SWZ wskazał, iż wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeśli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na 273 777,84 zł brutto. Uzasadniając dokonany szacunek Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wziął pod uwagę prace zakończone i rozliczone za poprzednie 12 miesięcy w kwocie 253 498,08 zł. Uwzględniając prognozowany wzrost cen towarów i usług i mając na względzie kwotę w budżecie gminy na sfinansowanie zadania w wysokości 275 000 zł brutto, Zamawiający przewidział *% wzrost wartości zamówienia. Aby dodatkowo obniżyć koszt zlecany usług zmniejszono zakres w stosunku do poprzedniego o naprawę uszkodzonych koszy na śmieci. 253 498,08 zł brutto x 8% wskaźnik wzrostu cen = 273 777,84 zł brutto. Zamawiający zawiadomił wykonawców, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 275 000 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną 350 568,00 zł brutto oraz Przystępującego z ceną 268 142,40 zł brutto. Przystępujący złożył w postępowaniu wykaz usług, w którym wskazał na usługę utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie Legnicy - umowa 4/2021 o wartości 228 852,00 zł brutto realizowaną na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Legnicy w okresie 1.04.2021 - 31.01.2022 r.

Zamawiający w dniu 14 marca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 1 i 2, art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 7 i pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Przywołując treść ww. przepisów należy wskazać, że zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. W myśl ust. 2 tego przepisu zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W myśl ust. 2 tego przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej

30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Z kolei art. 224 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: pkt 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; pkt 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; pkt 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, iż Odwołujący wywodził naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 1 i 2, art. 223 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 3, pkt 7 i pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp z zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz dokonania wyboru oferty Przystępującego, który zaoferował cenę rażąco niską, a poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czego domaga się Odwołujący, nie jest możliwe bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Na gruncie ustawy Pzp zasadą jest obligatoryjność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny, wskazane w art. 224 ust. 1 lub 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ww. przepisy nakładają na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnienia ceny oferty lub kosztu, jeśli zmaterializują się wskazane w nich przesłanki. Dzięki temu wykonawca, przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty, ma możliwość przedstawienia sposobu kalkulacji ceny czy czynników mających wpływ na cenę oferty i wykazanie, że nie ma ona charakteru rażąco niskiego. W przedmiotowym przypadku Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, co przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Przechodząc do oceny zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku zmaterializowały się przesłanki uzasadniające skierowanie takiego wezwania. Przede wszystkim należy wskazać, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp to Odwołującego obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, aktualizujących po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Odwołujący zobowiązany był zatem wykazać, że cena (lub jej istotne części składowe) zaoferowana przez Przystępującego powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp nie zostały w omawianym przypadku przekroczone, Odwołujący domagając się wezwania wykonawcy do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Podkreślić ponadto trzeba, że w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że cena ma wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażąco” - nie wystarczy zatem wykazać, że cena jest niska, lecz rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby w odwołaniu nie przedstawiono argumentów, które poddałyby w wątpliwość rynkowość ceny oferty Przystępującego. Wskazana przez Odwołującego okoliczność, że cena oferty Przystępującego była najniższa spośród złożonych ofert i była niższa od wartości szacunkowej zamówienia czy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia nie oznacza, że była to cena rażąco niska. Izba stwierdziła, że różnica ceny oferty Przystępującego w relacji do wartości szacunkowej zamówienia nie była duża, nie przekraczała ona 10 000 zł w skali roku i wynosiła ok. 2%. Powyższe wskazuje bardziej na rynkowość ceny zaoferowanej przez Przystępującego niż na jej rażąco niski charakter. Równie nieznaczna była różnica pomiędzy średnią miesięczną wartością usługi realizowanej dotychczas (22 885,20 zł), na którą powołano się w odwołaniu, a miesięczną wartością

usługi oferowanej obecnie przez Przystępującego (22 345,20 zł brutto). Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Przystępującego, iż zdobyte doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi pozwoliło mu na zmniejszenie generowanych kosztów, zwiększenie efektywności pacy, wykorzystanie bardziej wydajnego ekonomicznie sprzętu i wykwalifikowanej, doświadczonej kadry.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny, niewątpliwie posiada wiedzę co do faktycznych kosztów związanych z realizacją przedmiotowych usług, jednak w odwołaniu nie przedstawił żadnych wyliczeń, które mogłyby wskazywać, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia bez strat po stronie wykonawcy. Poza ogólnym opisaniem w treści odwołania, jakie czynniki powinny zostać uwzględnione w cenie oferty, nie podał konkretnych wiążących się z tymi czynnikami kosztów, nie odniósł swoich twierdzeń bezpośrednio do ceny oferty Przystępującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń ani dowodów, które mogłyby podważyć realność i rynkowość ceny zaoferowanej przez Przystępującego, poprzestając w tym zakresie na niczym nie popartym stwierdzeniu, że „kalkulacja Przystępującego nie uwzględnia wielu istotnych czynników" oraz że „usługa miałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności". Odwołujący nie podważył także prawidłowości oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, w szczególności nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, iż w dokumentach zamówienia brak jest dokumentu wskazującego na podjęcie czynności związanych z ustaleniem rynkowej wartości zamówienia. W przekazanej Izbie przez Zamawiającego dokumentacji znajduje się dokument uzasadniający szacunkową wartość zamówienia, w którym wskazano, iż

Zamawiający wziął pod uwagę prace zakończone i rozliczone za poprzednie 12 miesięcy, a także uwzględnił prognozowany wzrost cen towarów i usług oraz przewidzianą w budżecie gminy kwotę na sfinansowanie zadania, ponadto wskazał, iż zmniejszono zakres usługi w stosunku do poprzedniego zamówienia o naprawę uszkodzonych koszy na śmieci. Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania prawidłowości tak ustalonej wartości szacunkowej zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł, aby zaoferowana przez Przystępującego cena budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a tym samym nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zachodziła konieczność wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zaś wskazano już powyżej, wskaźniki określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które obligowałyby Zamawiającego do wystosowania takiego wezwania, również nie zostały spełnione.

W tym stanie rzeczy za bezzasadny uznać należy także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący upatrywał w działaniu Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku. Z powyższego wywieść można, że Odwołujący miał na myśli art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm., dalej jako „u.z.n.k."), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W treści uzasadnienia odwołania próżno szukać jednak jakichkolwiek okoliczności faktycznych mogących świadczyć o tym, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Cała argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadza się do wskazania w petitum odwołania, że Przystępujący miał utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Ponownie zaś podkreślić należy, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu wykazać faktów, z których wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący zobowiązany był zatem wykazać, że w przypadku oferty Przystępującego mamy do czynienia z dokonaniem sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki te muszą występować kumulatywnie. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił w uzasadnieniu odwołania żadnych argumentów. Przy czym podkreślić należy, że nie jest właściwym wywodzenie w sposób automatyczny (jak zdaje się czynić to Odwołujący) z faktu rażąco niskiej ceny oferty, tak daleko idącego wniosku jak uznanie, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Następnie Izba stwierdziła, że część argumentacji podniesionej w odwołaniu stanowi argumentację spóźnioną. Dotyczy to twierdzeń o zasadności obniżenia przez Zamawiającego wartości usługi wymaganej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z 300 000 zł do 150 000 zł, niezbędności wymagania od wykonawcy

potwierdzeń przekazywania odpadów na instalację komunalną, wymagania posiadania oprócz wpisu do BDO także wpisu do RDR w gminie, na terenie której toczy się postępowanie oraz konieczności uwzględnienia w SWZ wymagań wynikających z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych w zakresie dotyczącym floty pojazdów, jakimi dysponować powinny podmioty, którym zleca się wykonywanie zadań publicznych. Odwołujący w powyższym zakresie de facto kwestionuje treść ustalonych przez Zamawiającego wymagań wynikających z dokumentów zamówienia, co na obecnym etapie postępowania uznać należy za niedopuszczalne. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie: 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Jeżeli Odwołujący uważał, że warunki udziału w postępowaniu czy też inne wynikające z SWZ wymagania zostały ustalone w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, to winien był w tym zakresie wnieść odwołanie w terminie wskazanym w art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Obecnie rozpoznanie tego rodzaju zarzutów przez Izbę nie jest możliwe, a ukształtowana w postępowaniu na dzień składania ofert treść dokumentów zamówienia wiąże zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego. Tym bardziej nie jest możliwe uwzględnienie podniesionego przez Odwołującego żądania „ponownego przygotowania przez Zamawiającego dokumentacji z uwzględnieniem warunków środowiskowych, które są możliwe do spełnienia w postępowaniu."

Za niezasadne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający nie dochował należytej staranności przy weryfikacji dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Przepis ten obejmuje także sytuacje, w których wykonawca powołuje się na usługi zrealizowane na rzecz zamawiającego, prowadzącego dane postępowanie. W takim przypadku zamawiający

posiada wiedzę, jak zamówienie zostało wykonane, jak i dysponuje dokumentami, pozwalającymi na ocenę jakości jego wykonania. Jak wskazano w wyroku z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 439/20 (wydanym na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującym aktualność), „skoro wybrany wykonawca wskazał usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi, gdyż zamawiający jest w posiadaniu takich dokumentów i nie kwestionował prawidłowości wykonania tej usługi. W tym stanie rzeczy nie ma także podstaw do tego, aby zamawiający wzywał na obecnym etapie wybranego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tej usługi."

Izba ustaliła, że Przystępujący w wykazie usług powołał się na realizację usługi utrzymania czystości wiat przystankowych i przystanków na terenie Legnicy - umowa nr 4/2021 o wartości 228 852,00 zł brutto w okresie 1.04.2021r. - 31.01.2022 r., której odbiorcą był sam Zamawiający. Zamawiający dysponował zatem pełną wiedzą co do przedmiotu tej umowy, jej wartości, czy należytego jej wykonania i w świetle przepisów ustawy Pzp był uprawniony oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego na tej wiedzy się oprzeć. Zamawiający posiadał także niewątpliwie wiedzę co do sposobu realizacji zamówienia przez konsorcjum, któremu udzielono tego zamówienia i nie podważał faktu, że usługi referencyjne realizował bezpośrednio Przystępujący. Jak zaś wskazał Przystępujący, co nie było kwestionowane, pan P. W., z którym Przystępujący ubiegał się o zamówienie referencyjne, od 2020 r. jest zatrudniony u Przystępującego w oparciu o umowę o pracę. Brak jest zatem podstaw do poddania w wątpliwość realności doświadczenia nabytego przez Przystępującego podczas realizacji umowy nr 4/2021, Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie ani szczegółowej argumentacji, ani dowodów, które doświadczenie to by kwestionowały.

W konsekwencji nie sposób uznać za zasadne twierdzenia, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a tym bardziej, że przedstawił nieprawdziwe informacje w złożonym wykazie usług.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 335 zł 50 gr stanowiącą koszty
19

postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (735,50 zł), zgodnie z przedstawionym spisem kosztów.

Przewodniczący: .....

20