Sygn. akt: KIO 1613/22

WYROK

z dnia 11 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2022 r. przez odwołującego: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Siewierz (ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu 5 odwołania: (...)

naruszenia art. 16 pkt. 1 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, na skutek zaniechania czynności zwrócenia się do bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w

postępowaniu(...);

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z punktu 3 odwołania:

- naruszenia (...) art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp na skutek czynności (...)

polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów pomimo, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,

które będą wykorzystane do realizacji zamówienia (...)

- i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.H.U. ,,REKO" J. C. z siedzibą w Myszkowie (obecnie REKO PRIME Sp. z o.o.) oraz ponowne badanie i ocenę ofert;

3. W pozostałym zakresie zarzuty podnoszone w punktach 1, 2 i 4 odwołania podlegają

oddaleniu;

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Gmina Siewierz (ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz) oraz odwołującego: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego: Gmina Siewierz (ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz) na rzecz odwołującego: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza) kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 50 % kwoty poniesionej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.3. w pozostałym zakresie koszty postępowania odwoławczego - poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika - znosi się wzajemnie.

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

Sygn. akt: KIO 1613/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 17 czerwca 2022 r. przez odwołującego: ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Siewierz na podstawie ustawy z

dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz". Numer referencyjny: RIFZP-VII.271.13.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dz. Urz. UE pod nr 2022/S 082-221416-2022-PL w dniu 27 kwietnia 2022 r.

Odwołujący podał, że (...) wnosi odwołanie wobec:

- czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez P.H.U. ,,REKO" J. C. ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków, obecnie REKO PRIME Sp. z o.o. (w dalszej treści zwanego REKO), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że jest niezgodna z przepisami ustawy, oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, oferta może zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Zamawiający oceniając spełnianie warunków przez REKO pominął czynność zbadania wiedzy i doświadczenia z użyciem instytucji zwrócenia się o wyjaśnienie do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów;

- dokonaniu bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO na skutek czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert, w wyniku czego ofercie REKO przyznano maksymalną liczbę punktów w kryterium

„Aspekt środowiskowy";

- zaniechaniu czynności odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty;

- czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów pomimo, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno spowodować przyznanie 0 punktów zamiast, jak to miało miejsce 20 punktów, w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert , niż opisane w dokumentach zamówienia;

- zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pomimo, ze cena za tą istotną cześć składową odbiega od cen rynkowych i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia;

- zaniechania czynności zwrócenia się do bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu to jest do Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz Partnera Konsorcjum, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI" M. J. o przedstawienie informacji lub dokumentów potwierdzających zakres faktycznego udziału REKO w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie usług pomimo faktu, że ze złożonych już na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień REKO wynika, że partner konsorcjum w toku realizacji zamówienia nie wykonywał żadnych czynności, co stoi w sprzeczności z celem gospodarczym wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne a także stawia pod znakiem zapytania sens podejmowania solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) Art. 16 pkt 1 oraz art. 223 ust 1 pkt 1 ustawy na skutek dokonania bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO na skutek czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert, w wyniku czego ofercie REKO przyznano maksymalną liczbę punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy";

2) Art. 16 pkt 1, art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 223 ust 1 pkt 1 , art. 218 ust 1 oraz art. 219 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty;

3) Art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 ustawy na skutek czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów pomimo, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno spowodować przyznanie 0 punktów zamiast, jak to miało miejsce 20 punków, w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert, niż opisane w dokumentach zamówienia;

4) art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy, na skutek zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pomimo, ze cena za tą istotną cześć składową odbiega od cen rynkowych i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia;

5) art. Art. 16 pkt. 1 oraz art. 128 ust. 5 ustawy, na skutek zaniechania czynności zwrócenia się do bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu to jest do Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz Partnera Konsorcjum, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI" M. J. o przedstawienie informacji lub dokumentów

potwierdzających zakres faktycznego udziału REKO w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie usług pomimo faktu, że ze złożonych już na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień REKO wynika, że partner konsorcjum w toku realizacji zamówienia nie wykonywał żadnych czynności, co stoi w sprzeczności z celem gospodarczym wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne a także stawia pod znakiem zapytania sens podejmowania solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Wskazując na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2. Odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy;

Zaś w przypadku nieuwzględnienia żądania nr 2

3. Dokonania oceny ofert w tym oferty REKO ściśle według zapisów SWZ z uwzględnieniem obowiązku Zamawiającego przyznania 0 punktów w kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" dla oferty REKO w której nie podano liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia; Zaś w przypadku nieuwzględnienia żądań nr 2 i nr 3

4. Wezwania REKO do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych;

5. Zwrócenia się do bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu to jest do Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz Partnera Konsorcjum, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI" M. J. o przedstawienie tych informacji lub dokumentów potwierdzających zakres faktycznego udziału REKO w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie usług.

Wykonawca podał, że: „Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku odrzucenia oferty

REKO albo dokonania oceny ofert z poszanowaniem sposobu oceny ofert opisanego w SWZ, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W obecnym stanie Odwołujący może ponieść szkodę w kwocie 5 466 096,00 PLN. Powyższe wyczerpuje materialno - prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 505 pkt 1 ustawy".

(.)

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1 oraz art. 223 ust 1 pkt 1 ustawy pzp na skutek dokonania bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO na skutek czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert, w wyniku czego ofercie REKO przyznano maksymalną liczbę punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy".

W punkcie XX SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert:

Cena 60 %

Aspekt środowiskowy 20 %

Wyrażenie zgody na przeprowadzenie konkursu ekologicznego 20 %

Sposób oceny w ramach kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" został opisany następująco:

2. Aspekt środowiskowy (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających

normę emisji spalin EURO 6) - max 20 pkt

Ocena w zakresie użycia pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 (lub nowszą), prowadzona będzie na podstawie oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym, w którym Wykonawca wpisze odpowiednią opcję dotyczącą dysponowania pojazdami.

Za każdy pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniającym normę emisji spalin co najmniej EURO 6, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia, zostanie przyznane 5 punktów, przy czym w ramach tego kryterium Zamawiający oczekuje

dysponowania maksymalnie:

- dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia - 5 punktów za każdy,

- maksymalnie dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia - 5 punktów za każdy.

Liczba punktów w tym kryterium - za dysponowanie poniższymi pojazdami, zostanie

przyznana w sposób zgodny z poniższą tabelą:

Lp.	Dysponowanie / Rodzaj pojazdu	Punkty
1.	pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360l, 1100 l, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
2.	drugi pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
3.	pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
4.	drugi pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
	RAZEM MAKSYMALNIE	20

UWAGI:

1. Użyty powyżej zapis „który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia” należy rozumieć jako: bezpośredni i ciągły udział w realizacji zamówienia zadeklarowanej ilości

pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji

spalin EURO 6.

2. W przypadku gdy Wykonawca wskaże w ofercie większą niż wymagana ilość pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, Zamawiający przyzna maksymalną możliwą ilość punktów dla nie więcej niż 4 pojazdów (maksymalnie dwóch śmieciarek i dwóch pojazdów do odbioru selektywnie zebranych odpadów), tj. maksymalnie 20 punktów.

3. W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.

Dowód: SWZ (w dokumentach zamówienia)

Kryterium składa się w istocie z dwóch podkryteriów, gdyż ocenie podlega:

1) Liczba pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia

2) Liczba pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia

Zatem dla możliwości dokonania przez Zamawiającego oceny w ramach kryterium nr 2 , wykonawca powinien złożyć w jednoznaczną deklarację dotyczącą:

1) Liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

2) Liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

Co istotne, w UWAGACH (pod tabelą) w punkcie 3, Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.

Także w treści formularza oferty Zamawiający zapisał konkretną instrukcję postępowania dla wykonawców oraz opisał sposób punktacji.

W punkcie VIII na stronach 5 - 6 znalazły się zapisy:

Rodzaj kryterium: Kryterium jakościowe - aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia
Informacje dodatkowe:

W polu tekstowym Wykonawca wpisuje liczbę i rodzaj pojazdów jakimi dysponuje, tj. maksymalnie 2 pojazdy elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, oraz maksymalnie 2 pojazdy elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin EURO 6, przystosowane do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych.

Uwagi: W przypadku gdy Wykonawca wskaże w ofercie większą niż wymagana ilość pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, Zamawiający przyzna maksymalną możliwą ilość punktów dla nie więcej niż 4 pojazdów (maksymalnie dwóch śmieciarek i dwóch pojazdów do odbioru selektywnie zebranych odpadów), tj. maksymalnie 20 punktów.

W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.

Pole tekstowe, o którym mowa znajduje się poniżej przy opisie: „Deklaracja Wykonawcy:”
Dowód: formularz ofertowy (w dokumentacji postępowania)

W owym polu tekstowym, wykonawca REKO zaoferował: „4 pojazdy Euro 6”

Wbrew żądaniom Zamawiającego, REKO nie wskazał liczby i rodzaju pojazdów jakimi dysponuje. Wskazał jedynie liczbę pojazdów „Euro ” których rodzaj i przeznaczenie nie zostały zidentyfikowane. Dowód: Oferta REKO (w dokumentacji postępowania)

Deklaracja ta powinna spowodować przyznanie REKO liczby punktów wynoszącej ZERO. Wykonawca REKO nie wskazał bowiem żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego.

Zamawiający nie dokonał punktacji zgodnie z własnym opisem oceny ofert zawartym w SWZ lecz za pismem z dnia 24 maja 2022 roku, zwrócił się do REKO z prośbą o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty. W treści pisma zapisał:

„Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedno!. Dz. U. 2021 poz. 1129 z późn. zm.) Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie kryterium „Aspekt środowiskowy".

Zgodnie z Rozdziałem XX Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający oczekuje dysponowania maksymalnie dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka oraz maksymalnie dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych - i przyzna po 5 punktów za każdy z nich. Wątpliwości Zamawiającego budzi zapis Wykonawcy w Formularzu oferty „Aspekt środowiskowy: 4 pojazdy Euro 6" ponieważ z tego zapisu nie wynika jednoznacznie, czy w ramach tej liczby pojazdów Wykonawca dysponuje 2 pojazdami typu śmieciarka i 2 pojazdami do odbierania selektywnie zbieranych odpadów. W związku z powyższym należy wyjaśnić jak należy rozumieć zapis „4 pojazdy Euro 6", a tym samym jakimi pojazdami dysponuje Wykonawca w ramach łącznej liczby 4 sztuki pojazdów."

Zamawiający powołał się na przepis art. 223 ust. 1 ustawy. Powinien zatem działać w ramach delegacji tego przepisu. Przepis ten zabrania prowadzenia negocjacji treści złożonej

oferty:

„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." Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 24 maja 2022 roku „Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty"

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 25 maja 2022 roku wykonawca REKO oświadczył:

„W nawiązaniu do otrzymanego wezwania do wyjaśnienia treści oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz, wyjaśniam, iż podane 4 sztuki pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 6 jest w posiadaniu Wykonawcy i stanowi 2 sztuki pojazdów typu śmieciarka oraz 2 sztuki pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów. (.)"

Podane przez REKO nowe informacje, nie sprawiły że doszło do poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych czy też innych omyłek o których mowa w przepisie art. 223 ust 2 pkt 1-3 ustawy. Działanie Zamawiającego w sposób rażący naruszyło zakaz negocjacji treści oferty. Stoi zatem w sprzeczności z przepisami art. 16 pkt 1 oraz art. 223 ust 1 ustawy. Skutkiem tego działania było dokonanie punktacji w ramach kryterium „Aspekt środowiskowy w sposób wadliwy co doprowadziło do niezgodnego z prawem i dokumentacją postępowania wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1, art. 226 ust 1 pkt 3 w związku z art. 223 ust 1 pkt 1 , art. 218 ust 1 oraz art. 219 ust 1 ustawy, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty.

Wskazując na stan faktyczny podany w treści uzasadnienia zarzutu nr 1 Odwołujący podnosi, że informacje których złożenia zażądał Zamawiający wzywając REKO do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 24 maja 2022 roku, stanowią treść oferty. Powinny zatem zostać złożone Zamawiającemu w treści oferty, przed upływem terminu do złożenia ofert. W treści oferty złożonej przez REKO w przewidzianym terminie, wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu realizację zamówienia przy użyciu „4 pojazdów EURO 6". Taką treść oferty Zamawiający powinien poddać ocenie punktowej.

W piśmie z dnia 25 maja 2022 roku wykonawca REKO zaoferował Zamawiającemu: „(spełniające normę emisji spalin Euro 6) 2 sztuki pojazdów typu śmieciarka oraz 2 sztuki pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów "

Nie wchodząc w tym miejscu w ocenę treści tego oświadczenia, Odwołujący podnosi, że poprzez jego złożenie doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do składania ofert. Czynność REKO , złożenia drugiej oferty po upływie terminu składania ofert jest niezgodna z przepisami art. 218 ust 1 oraz art. 219 ust 1 ustawy.

Zamawiający powinien był odrzucić ofertę REKO, jako niezgodną z przepisami ustawy. Zaniechawszy dokonania tej czynności, naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy.

3. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 ustawy na skutek czynności

Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów pomimo, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem

ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno spowodować przyznanie 0 punktów zamiast, jak to miało miejsce 20 punków, w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert, niż opisane w dokumentach zamówienia.

Wskazując na stan faktyczny podany w treści uzasadnienia zarzutów nr 1 i nr 2 Odwołujący podnosi, że Zamawiający przyznał punktację niezgodnie ze sposobem oceny ofert zamieszczonym w SWZ. W treści oferty REKO, nie podano rodzaju i liczby pojazdów, jak tego żądał Zamawiający, z wyszczególnieniem ich szczegółowych cech. Wykonawca powinien podać:

1) Liczbę pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

2) Liczbę pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin Euro 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

W treści oferty złożonej przez REKO w przewidzianym terminie, wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu realizację zamówienia przy użyciu „4 pojazdów EURO 6".

Zapis ten nie zawiera wymaganych informacji. Powinien zostać zakwalifikowany zgodnie z zapisami punktu XX SWZ, podpunkt 3 akapitu oznaczonego „UWAGI" a także zapisem akapity UWAGI zawartym w formularzy ofertowym:
„W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium."

Wskazane w ofercie informacje nie zawierają bowiem żadnej (spośród wymaganych przez Zamawiającego) opcji dotyczącej aspektu środowiskowego.

Zatem Zamawiający w ramach kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy, powinien był przyznać ofercie REKO ZERO punktów. W takim przypadku, oferta REKO, zamiast 100 punktów, powinna otrzymać punktów 80 . Stosując takie wyliczenie, wykonawca REKO zająłby trzecie miejsce, zaś za najkorzystniejszą uznana powinna zostać oferta Odwołującego. Przyznając ofercie REKO w kryterium „Aspekt środowiskowy" 20 punktów w sytuacji, gdy wykonawca ten nie zamieścił w jej treści wymaganych informacji, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z opisem kryteriów oceny ofert opisanego w dokumentach zamówienia. Naruszył tym samym przepisy Art. 16 pkt 1 oraz art. 239 ust. 1 ustawy

4. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1 , art. 224 ust 1 ustawy , na skutek zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pomimo, ze cena za tą istotną cześć składową odbiega od cen rynkowych i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia.

Wraz z ofertą Zamawiający zażądał złożenia Kalkulacji cenowej zgodnie ze wzorem Załącznika nr 3 do SWZ. Kalkulacja REKO przedstawia się następująco:

Lp.	Rodzaj odpadów	Szacunkowa ilość odpadów w czasie trwania umowy [Mg]	Cena jednostkowa brutto odbioru i zagospodarowania odpadów [zł/Mg]	Wartość brutto [iloczyn kolumn 3x4]
1	2	3	4	5
1	Zmieszane odpady komunalne	3 950,00	842,40	3 327 480,00
2	Segregowane odpady komunalne	2 300,00	648,00	1 490 400,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne	120,00	756,00	90 720,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne zawierające papę odpadową	75,00	756,00	56 700,00
			Razem brutto:	4 965 300,00

Przedmiotem zarzutu jest cena wskazana w pozycji 1 z tytułu odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych. Cena ta stanowi ponad 67% kwoty brutto oferty za realizację całego zamówienia. Powinna zatem zostać uznana za istotną część składową oferty. Analizując cenę ofertową firmy REKO w pozycji odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych biorąc pod uwagę wszystkie elementy określone w przedmiocie zamówienia, które składają się na koszty jak i otoczenie rynkowe, należy jednoznacznie wskazać, iż jest to cena nierealna i nie dająca gwarancji realizacji usługi w sposób należyty. Na wstępie należy podkreślić iż pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący oraz ZGK Zawiercie, to podmioty dysponujące własnymi instalacjami komunalnymi, dającymi możliwość zagospodarowania tego odpadu, ponadto są to instalacje, które są zlokalizowane najbliżej obszaru Gminy, co ma bezpośredni wpływ na koszty logistyczne. Wykonawca REKO natomiast nie jest w stanie zagospodarować odpadu o kodzie 20 03 01 we własnym zakresie i musi skierować go do instalacji zewnętrznych, zgodnie z treścią oferty do instalacji BM Recykling lub CPK Sobuczyna, które znajdują się w znacznej odległości od Gminy. Nadmienić należy iż wątpliwe jest czy REKO ma zawarte umowy ze wskazanymi instalacjami na dedykowany strumień z terenu Gminy Siewierz. Wątpliwość ta wynika z faktu, iż praktyką powszechną jest zawieranie umów z instalacjami komunalnymi z końcem roku na kolejny rok do mocy przerobowych określonych decyzjami. Niezależnie od tego bazując na własnej współpracy ze wskazanymi instalacjami, Odwołujący posiada możliwość określenia aktualnych kosztów jakie należy ponieść celem zagospodarowania 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych. Ponadto odnosząc się do cen z lat poprzednich i aktualnej sytuacji rynkowej możemy określić średnie ceny przyjęcia odpadów dla oferty REKO dla okresu całego zamówienia. Przyjęte założenie to podział strumienia odpadów w relacji 50% na 50% między wskazane instalacje (Tabela 1)

Rok	BM Recykling	CPK Sobuczyna
	PLN/Mg netto	PLN/Mg netto
2021	520,00	550,00
2022	570,00	575,00
2023	620,00	600,00
Średnia wartość	603,33	591,67
Średnia wartość przetargu	597,50	

Biorąc pod uwagę cenę ofertową REKO (780 PLN/Mg netto) oraz wskazane koszty zagospodarowania odpadów, kwota pozostała na realizację usługi odbioru odpadów zmieszanych oraz pozostałych zadań wynosi 182,50 PLN/Mg netto. Bazując na wiedzy i doświadczeniu, jako podmiot profesjonalny obsługujący Gminę Siewierz jak i wiele innych gmin wskazujemy, że jest to kwota, dla której prawidłowa realizacja tej części zamówienia nie jest możliwa co wykazane zostanie poniżej. Dla potrzeb analizy przyjęto, że realizacja usługi przez firmę REKO będzie odbywać się z lokalizacji siedziby firmy w Myszkowie. W innym przypadku konieczne byłoby wykazanie przez REKO, że inna lokalizacja wypełnia szereg wymagań dotyczących bazy magazynowo - transpotowej, a wpływ na wskazane

koszty i tak byłby bez znaczenia. Przedmiot realizacji usługi zgodnie z SWZ odbywa się na rozległym obszarze tj. 115,8 km2, ze zróżnicowanymi częstotliwościami odbioru odpadów w ciągu roku, jak i różnymi typami nieruchomości, co przekłada się na skomplikowany proces realizacji odbioru odpadów. Statystycznie odbiór odpadów dotyczy ok: 4200 nieruchomości różnego typu, co przekłada się na odbiór ok 66 000 szt. pojemników w skali roku. Biorąc pod uwagę doświadczenie Odwołującego, które w okresie kilkuletniej obsługi Gminy wzrastało, możemy stwierdzić, że realna do osiągnięcia wydajność bazowa odbioru odpadów na obszarze gminy wynosi 36 szt. pojemników na godzinę. To zaś przy uwzględnieniu ilości pojemników do odbioru przekłada się bezpośrednio na czas realizacji odbioru wynoszący 1833,33 h/rok. Wskazana wydajność i czas bezpośredniej pracy na obszarze gminy opiera się na założeniach obsługi przy wykorzystaniu pojazdów bezpylnych o różnym charakterze (w tym śmieciarki małogabarytowej, ze względu na ograniczenia) przy składzie osobowym brygady kierowca i dwóch pracowników do załadunku odpadów.

Uwzględniając wskazane w ofercie instalacje oraz lokalizację bazy czasy dojazdów w skali roku kształtują się na poziomie 614,72 h/rok.

Opis	Lokalizacja	Odległość do Rejonu (Gmina) km	Szacunkowy czas [min]	Odległość do Bazy km	Szacunkowy czas [min]
Baza	Myszków	16,10	24,15	x	
Instalacja 1	CPK Sobuczyna	38,20	45,84	28,80	34,56
Instalacja 2	BM Recykling	33,60	40,32	49,20	59,04
Instalacje średnia		35,90	43,08	39,00	55,71

Dojazdy

Liczba kursów na instalacje/ wyjazdów na rejon	300,00	kursy/rok
Czas dojazdów	614,72	h/rok

Przy obliczeniu czasów dojazdu uwzględniono liczbę kursów na instalacje, gdzie każdy z kursów zawiera następujące odcinki transportowe:

1. Dojazd z Bazy do Rejonu obsługi;

2. Dojazd z Rejonu obsługi do Instalacji komunalnej

3. Dojazd z Instalacji komunalnej do Bazy

Dla obliczeń przyjęto ilość 300 kursów zgodnie z wymogami rzeczywistej realizacji obsługi. Zgodnie z powyższym całkowity czas pracy dla odbioru zmieszanych odpadów komunalnych wyniesie co najmniej 2448,05 h/rok, czyli 204 h/miesiąc, co przekłada się do poziomu 1,21 trasy przy uwzględnieniu 8 h pracy na dzień, czyli 168 h/mc. Uwzględniając aktualny poziom kosztów będący informacją powszechną ulegającą stałemu wzrostowi, poniżej przedstawiamy jego elementy składowe, jednoznacznie ukazujące brak możliwości realizacji usług za wskazaną cenę:

1. Koszty personalne:

a. Kierowca - 4500 PLN na pracownika brutto/miesiąc, co przekłada się na koszt pracodawcy na poziomie 5445 PLN/miesiąc;

b. Ładowacz - 3600 PLN na pracownika brutto/miesiąc, co przekłada się na koszt pracodawcy na poziomie 4356 PLN/miesiąc;

c. Pozostałe koszty osobowe - 300 PLN/ osobę/miesiąc- na koszt ten składają się odzież robocza wraz z jej utrzymaniem, środki ochrony osobistej, badania oraz szkolenia;

Przyjmując powyższe wartości oraz wskaźnik dyspozycyjności tj. średnio 14% (urlopy, szkolenia, L4) oraz liczbę tras, wówczas globalny koszt personelu wynosi 19 597,77 PLN netto/miesiąc.

2. Koszty pojazdu - są one wypadkową szeregu wskazanych poniżej kosztów:

a. Paliwo - średnie spalanie przy obsłudze gminy tego typu to 8,5 l/h. Biorąc pod uwagę „bezpieczną” prognozę ceny paliwa na poziomie 6,5 PLN netto/l przekłada się to na koszt 55,25 PLN/h. Gdzie wskazana cena nie uwzględnia ogromnego ryzyka rynkowego, będącego powszechną informacją na rynku paliw przy aktualnej sytuacji geopolitycznej.

b. Pozostałe materiały eksploatacyjne tj. opony, oleje silnikowe i hydrauliczne, płyn do spryskiwaczy, ad blue itp. - gdzie koszt to 4,00 PLN/h

c. Koszty napraw i utrzymania (w tym warsztat) - 15,00 PLN/h, gdzie powszechna jest mocna eksploatacja urządzeń oraz awarie jednostek ze względu na ciężkie warunki i środowisko pracy

d. Koszty amortyzacji/dzierżawy pojazdu - 30,00 PLN/h - średni koszt przy uwzględnieniu wymaganej normy pojazdów EURO 6;

e. Pozostałe koszty - tj. opłaty drogowe, ubezpieczenia, koszty bazy (nieruchomości), pracownika logistyki, przyjęto 12,00 PLN/h

Wszystkie składowe przekładają się na stawkę 116,25 PLN/h, a to uwzględniając liczbę godzin pracy śmieciarki determinuje koszt miesięczny na poziomie 23 715,53 PLN/miesiąc. Dla wskazanych kosztów personalnych i pracy pojazdu obliczony koszt roczny wynosi 519 759,62 PLN/rok, co przy uwzględnieniu wskazanej w formularzu ofertowym ilości odpadów w przeliczeniu na rok = 2633,33 Mg, sprawia że koszt odbioru 1 Mg odpadów kształtuje się na poziomie 197,38 PLN netto/Mg. Ponadto należy zobrazować iż jest to stawka dla

wskazanej ilości z OPZ, które są analogiczne do ilości z roku 2021. Analizując sytuację makroekonomiczną powszechny jest trend prowadzący do ograniczenia wytwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, co jest wynikiem ograniczonej konsumpcji i racjonalnego gospodarowania przede wszystkim żywnością. Trend ten ma swoje odzwierciedlenie w mniejszej ilości odbieranych odpadów z gminy Siewierz w pierwszych 4 miesiącach roku 2022.

Redukcja dla tego samego okresu względem roku poprzedniego wyniosła 4,2%. Dla analogicznych kosztów logistycznych (liczba pojemników do odbioru bez zmian), przy mniejszej ilości odpadów koszt jednostkowy wyniósłby 206,04 PLN/Mg. Ponadto należy zaznaczyć, że wskazana kalkulacja nie uwzględnia pozostałych kosztów związanych z realizacją usługi, które podmiot profesjonalny powinien uwzględnić, a zaliczają się do nich:
a. Ryzyko kontraktowe, Koszty ogólne administracji, Marża/Zysk, Ryzyko braku realizacji

poziomów recyklingu, Konieczności kierowania pojazdów na wyrywkowe kontrolne ważenia, Konieczności realizacji kontroli prawidłowej segregacji, Wyposażenia mieszkańców w harmonogramy - 4000 szt., Kosztów konkursu ekologicznego, Kosztów gwarancji należytego wykonania kontraktu, Kosztów koordynatora realizacji usługi

Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, że cena ofertowa jest nierealna, zaś realizacja usługi za podaną cenę - niemożliwa. Zamawiający powinien był wezwać REKO do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Zaniechawszy powyższego, naruszył przepisy art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy.

5. Zarzut naruszenia art. Art. 16 pkt. 1 oraz art. 128 ust. 5 ustawy, na skutek zaniechania czynności zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu to jest do Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz Partnera Konsorcjum, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI" M. J. o przedstawienie informacji lub dokumentów potwierdzających zakres faktycznego udziału REKO w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie usług pomimo faktu, że ze złożonych już na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień REKO wynika, że partner konsorcjum w toku realizacji zamówienia nie wykonywał żadnych czynności, co stoi w sprzeczności z celem gospodarczym wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne a także stawia pod znakiem zapytania sens podejmowania solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Zgodnie z zapisami punktu X.1 SWZ

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu wymienione w art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, tj.:

1) wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wykonawca należycie wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę obejmującą odbieranie odpadów komunalnych o wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł o czasie świadczenia nie krótszym niż przez kolejne 12 miesięcy.

Wykonawca REKO w treści złożonego na wezwanie Zamawiającego, Załącznika nr 4 do SWZ, „Wykaz usług wykonanych należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z załączeniem dowodów określających te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie" (dalej jako „Wykaz usług" albo „Wykaz") wskazał realizację jednego zamówienia pod nazwą „Usługa wywozu

nieczystości stałych i odpadów komunalnych z obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych w Katowicach” na kwotę 1 067 308,50 zł.

Z treści załączonego dokumentu „Potwierdzenie wykonania usługi” wynika, że REKO wykonywało przedmiotową usługę w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym

„MIKI" M. J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków.

Dowód: Wykaz usług i Potwierdzenie wykonania usługi (w dokumentacji postępowania)
Pismem z dnia 27 maja 2022 roku, Zamawiający wezwał REKO do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień:

„I. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w Rozdziale X.1. pkt 1 ppkt 1 Specyfikacji warunków zamówienia Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w należytym wykonaniu co najmniej jednej usługi obejmującej odbieranie odpadów komunalnych o wartości brutto nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł o czasie świadczenia nie krótszym niż przez kolejne 12 miesięcy.

Złożony wykaz usług wraz z dowodem wykonania usługi nie potwierdzają spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu ponieważ: (...)

2) Wskazana usługa według referencji realizowana była wspólnie z innym podmiotem w ramach konsorcjum. Wykonawca może się posługiwać doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji zamówienia przez konsorcjum, którego był członkiem, wyłącznie w

zakresie faktycznie przez niego wykonanym. Z wykazu nie wynika, w jakim zakresie Wykonawca uczestniczył w realizacji usługi. Zgodnie bowiem z § 9 ust. 3

Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r.w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

W związku z powyższym należy uzupełnić wykaz i wyjaśnić, czy wskazana usługa obejmowała również odbiór odpadów oraz uzupełnić wykaz i wyjaśnić czy Wykonawca w ramach konsorcjum zrealizował usługę w wymaganym zakresie i o wymaganej wartości minimum 1 mln złotych albo złożyć nowy wykaz ze wskazaniem innej usługi wraz z dowodem potwierdzającym należyte jej wykonanie.”
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 27 maja 2022 roku (w dokumentacji postępowania)

W odpowiedzi, pismem z dnia 03 czerwca 2022 roku, REKO oświadczył:

„2) Umowa na realizację tej usługi podpisana została przez konsorcjum firm P.H.U. „REKO” J. C. - Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. - partner konsorcjum. Konsorcjum zostało utworzone w celu wykazania się niezbędnym potencjałem w celu wykazania zdolności do należytej realizacji zamówienia. W ramach tej umowy P.H.U. „REKO” pełniło nie tylko funkcję lidera, ale także odpowiadało za faktyczną realizację wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia. Partner konsorcjum pełnił jedynie funkcję zabezpieczającą ciągłość wykonania usługi na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych, np. siły wyższej, przestoju lub awarii, jednakże w toku realizacji tej usługi takie zdarzenia nie miały miejsca. Oznacza to, że P.H.U. „REKO” zrealizowało całość usługi objętej przedmiotem zamówienia i nabyło doświadczenie w wymaganym zakresie i o wymaganej wartości, tj. przekraczającej wartość 1.000.000 zł, a zatem spełnia warunki udziału w postępowaniu.”

Dowód Pismo REKO z dnia 03 czerwca 2022 roku (w dokumentacji postępowania)
Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia REKO w przedmiocie podziału zadań w ramach konsorcjum są co najmniej mało wiarygodne i w sposób oczywisty zostały dostosowane do potwierdzeniu spełniania warunków w przedmiotowym postępowaniu. Kwota całego zamówienia nieznacznie przekracza wymagany 1 milion złotych. Oznacza to, że jeżeli Partner Konsorcjum - MIKI zrealizował jakiekolwiek działania w ramach umowy, wówczas REKO nie może legitymować się przedmiotowym zamówieniem w celu wykazania spełniania warunków w niniejszym postępowaniu. Zwracamy uwagę, że podmioty gospodarcze ubiegają się o zamówienia w celu ich realizacji a nie, jak to wynika z oświadczenia REKO, w celu oczekiwania, aż inny podmiot gospodarczy utraci możliwości realizacji zamówienia. Tego rodzaju działanie stoi w sprzeczności z celem gospodarczym wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne a także stawia pod znakiem zapytania sens podejmowania solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia. Co istotne, w chwili zawierania umowy konsorcjum żaden z uczestników konsorcjum nie posiadał możliwości samodzielnej

realizacji zamówienia. Wynika to wprost z treści §1 Ust. 1 Umowy Konsorcjum z dnia zawarta w dniu 08 maja 2018 roku zawartej pomiędzy M. J. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI" M. J., a J. C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „REKO". W ustępie 4 Strony umowy ustaliły, że: „Wyłącznym celem Konsorcjum jest współdziałanie Stron w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, zawarcie umowy dotyczącej wykonania Zamówienia oraz wspólna i solidarna realizacja Zamówienia”. Dowód: Umowa Konsorcjum z dnia 8 maja 2018 roku (w załączeniu)

Obecnie, na potrzeby przedmiotowego postępowania, REKO twierdzi, że całość usługi wykonał samodzielnie. Czyni tak pomimo oczywistych zapisów umowy konsorcjum, które wskazują na brak możliwości samodzielnej realizacji zamówienia oraz na istnienie solidarnego zobowiązania do wspólnej realizacji umowy o zamówienie publiczne dla Uniwersytetu Śląskiego. Wobec powstałych wątpliwości, mając na uwadze że REKO złożył już wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, za zasadne uznać należy zwrócenie się do podmiotów będących w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu to jest do Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach oraz Partnera Konsorcjum, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MIKI” M. J. o przedstawienie informacji lub dokumentów potwierdzających zakres faktycznego udziału REKO w realizacji zamówienia wskazanego w Wykazie usług. Zaniechawszy powyższego, Zamawiający naruszył przepis art. 128 ust 5 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29 czerwca 2022 r. wniósł o: oddalenie odwołania w całości, 2) zasądzenie od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu w szczególności podał:

1. Zarzut dotyczący naruszenia 16 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający uznaje za bezzasadny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez Wykonawcę REKO, na skutek czego zdaniem Odwołującego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert i przyznania ofercie REKO maksymalnej liczbę punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy”.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, gdyż we wskazanym zakresie Zamawiający skorzystał z regulacji przewidzianej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał Wykonawcę REKO do udzielenia wyjaśnień, pozwalających starannie i zgodnie z przepisami ustawy dokonać prawidłowej oceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wyjaśnienia takie powinny dotyczyć elementów, które budzą wątpliwości zamawiającego i są dla oferty istotne. Co więcej, Zamawiający może wyjaśnić nieścisłości w ofercie, nawet jeżeli dotyczą one kryteriów oceny ofert (wyrok KIO z 31 października 2018 r. sygn. akt KIO 2143/18).

W Rozdziale XX Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał „Aspekt środowiskowy”, o łącznej wadze 20 punktów.

W ramach tego kryterium Zamawiający oczekiwał dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6, w tym dysponowania:

□ dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającym i normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia - 5 punktów za każdy,

□ dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia - 5 punktów za każdy,

a więc łącznie czterema pojazdami, za które mógł przyznać maksymalnie 20 punktów. Deklarację w zakresie tego kryterium Wykonawca powinien wpisać w polu tekstowym interaktywnego „Formularza ofertowego" udostępnionego przez Zamawiającego na

Platformie e-Zamówienia.

W informacjach dodatkowych Zamawiający zaznaczył, że „W polu tekstowym Wykonawca wpisuje liczbę i rodzaj pojazdów jakimi dysponuje, tj. maksymalnie 2 pojazdy elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, oraz maksymalnie 2 pojazdy elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin EURO 6, przystosowane do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych. Uwagi: W przypadku gdy Wykonawca wskaże w ofercie większą niż wymagana ilość pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, Zamawiający przyzna maksymalną możliwą ilość punktów dla nie więcej niż 4 pojazdów (maksymalnie dwóch śmieciarek i dwóch pojazdów do odbioru selektywnie zebranych odpadów), tj. maksymalnie 20 punktów. W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium".

W polu „Aspekt środowiskowy" Wykonawca wpisał „4 pojazdy Euro 6". W kolejnym polu „Deklaracja Wykonawcy" Wykonawca ponownie wpisał „4 pojazdy Euro 6". Niewątpliwym jest, że Wykonawca wskazał w ofercie dysponowanie czterema pojazdami Euro 6, co zostało wprost wpisane w formularzu ofertowym. Nie można więc zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Wykonawca nie wskazał w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego. Zgodnie z uwagą w informacjach dodatkowych Wykonawca REKO wpisał bowiem zarówno liczbę pojazdów - 4 sztuki, jak i ich rodzaj (pod względem środowiskowym)

- Euro 6.

Zgodnie z zapisami SWZ oczekiwania Zamawiającego dotyczące dysponowania maksymalnie czterema pojazdami (tj.: dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka oraz dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych) były znane wszystkim Wykonawcom.

Deklaracja Wykonawcy, że dysponuje on czterema pojazdami Euro 6, w świetle zapisów SWZ pozwalał zakładać, że w tej liczbie wskazał on wymagane pojazdy, a więc 2 pojazdy typu śmieciarka i 2 pojazdy do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych. Trudno inaczej rozumieć zapis „4 pojazdy Euro 6". Gdyby Wykonawca dysponował mniejszą liczbą pojazdów, np. 2 śmieciarkami, taki zapis umieściłby w formularzu ofertowym. W przypadku jakichkolwiek niejasności Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty do wykonawcy. Zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia w każdym przypadku, aby dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. Z uwagi więc na brak precyzji zapisu dotyczącego kryterium „Aspekt środowiskowy" i w celu zachowania staranności Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2022 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia, jak należy rozumieć zapis „4 pojazdy Euro 6". Z udzielonych wyjaśnień Wykonawcy jednoznacznie wynika, że dysponuje on pojazdami w liczbie i rodzaju pozwalającym na przyznanie 20 punktów w tym kryterium. Z uwagi na fakt, że w ofercie Wykonawca wpisał liczbę i rodzaj pojazdów, nie doszło do negocjacji ani zmiany ani uzupełnienia ofert w drodze wyjaśnień. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wskazały jedynie sposób rozumienia treści złożonej oferty. Brak wskazania w formularzu oferty przeznaczenia pojazdów jest tylko uchybieniem formalnym, który można usunąć w drodze wyjaśnień. Uzyskanie doprecyzowania od Wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie spowodowało zamiany dotychczasowo wskazanych w formularzu ofertowym pojazdów i nie prowadziło w żaden sposób do negocjacji treści oferty. W złożonym formularzu oferty Wykonawca podał wymagane przez Zamawiającego informacje tj. liczbę pojazdów i rodzaj (pod względem środowiskowym) pojazdów. Brak określenia przeznaczenia pojazdów jest nieścisłością podlegającą wyjaśnieniu.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 223 ust. 1 pkt 1, art. 218 ust. 1 oraz art. 219 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uznaje za bezzasadny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty. Nie można zgodzić się z powyższym stanowiskiem Odwołującego, gdyż niewątpliwym jest, że Wykonawca REKO złożył tylko jedna ofertę w postępowaniu i złożył ją przed terminem składnia ofert. Po upływie terminu składania ofert nie doszło do złożenia drugiej oferty przez Wykonawcę REKO, a więc regulacja art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie ma tutaj w ogóle zastosowania. W omawianym przypadku Zamawiający skorzystał z przysługującego mu w świetle art. 223 ust 1 uprawnienia do wezwania do wyjaśnienia treści oferty. Wyjaśnienie treści oferty nie może być traktowane jako złożenie drugiej oferty. Bezspornym jest, że zapisy w formularzu ofertowym dotyczące kryteriów stanowią treść

oferty. Oczywistym jest jednak również, że wyjaśnienia przewidziane w art. 223 ust. 1 dotyczyć mają właśnie treści oferty, a więc elementów dla oferty istotnych. Istotą wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Przyjęcie innego stanowiska doprowadziłoby do wypaczenia sensu przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę REKO ograniczały się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, bez ich rozszerzenia czy zmiany.

3. Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający uznaje za bezzasadny.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Zamawiający w dniu 06 czerwca 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jak zauważa sam Odwołujący „W treści oferty złożonej przez REKO w przewidzianym terminie, wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu realizację zamówienia przy użyciu „4 pojazdów EURO 6". Taką treść oferty Zamawiający powinien poddać ocenie punktowej." Zamawiający przyznał Wykonawcy REKO w tym kryterium 20 punktów za dysponowanie czterema pojazdami Euro 6, po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień od Wykonawcy. W tym względzie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy. Reasumując, nie jest prawdą, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert, niż opisane w dokumentach zamówienia. Przyznanie punktacji nastąpiło bowiem dokładnie w oparciu o zapisy SWZ.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uznaje za bezzasadny.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyliczenia ceny i tym samym nie wzywał do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Żadne przesłanki ku takiemu badaniu nie wystąpiły. W związku z powyższym, na obecnym etapie, cena najkorzystniejszej oferty nie powinna być badana. W przypadku zażądania przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny na etapie badania i oceny ofert, rozpatrzeniu mogłaby podlegać czynność Zamawiającego, polegająca na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny oraz prawidłowość decyzji o odrzuceniu albo nieodrzuceniu oferty tego wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy taka ocena nie jest jednakże możliwa. Przepis art. 224 ust. 1 nie określa jednoznacznych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowania „wydają się rażąco niskie", „budzą wątpliwości zamawiającego" wskazują na aspekt subiektywnej oceny Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie niewątpliwym jest że nie zachodzą przesłanki obowiązkowego badania ceny określone w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż cena całkowita oferty (ani cena cząstkowa za obiór odpadów zmieszanych) nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W omawianym przypadku Zamawiający nie powziął wątpliwości ani w zakresie zaoferowanej ceny ani jej istotnych części składowych. W ocenie Zamawiającego zaoferowana cena nie jest niska, a tym bardziej nie jest rażąco niska. Wykonawca REKO zaoferował odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów zmieszanych za cenę brutto 842,40 zł. Odwołujący zaoferował za ten zakres cenę 864,00 zł, a więc tylko o 21,60 zł wyższą (tj. 2,5 % różnicy). Trzeci Wykonawca zaoferował cenę 985,00 zł, czyli o 121,00 zł wyższą od Odwołującego. Gdyby z jakichś względów przyjąć argumenty Odwołującego, to również jego cenę można by uznać za rażąco niską. Dla potrzeby analizy ceny Odwołujący poczynił wiele własnych założeń, co nie może zostać uznane za wiarygodne. Jako podmiot zainteresowany w uzyskaniu zamówienia Odwołujący dokonał analizy w taki sposób aby wykazać rażąco niska cenę Wykonawcy REKO, nie mając jednak ku temu żadnych konkretnych podstaw czy danych.

Założenia takie jak podział strumienia odpadów w relacji 50% na 50% między wskazane instalacje, realizacja usługi z lokalizacji siedziby firmy, wydajność bazowa odbioru odpadów na obszarze gminy, koszty personalne czy koszty pojazdów itp. są nieuprawnione. Założenia te oparte o własną kalkulację i doświadczenie Odwołującego nie mogą być adekwatne wobec innego Wykonawcy. Jak Odwołujący sam przyznaje, dokonując analizy bazuje na własnej wiedzy i doświadczeniu. Wykonawca REKO jest również podmiotem profesjonalnym, posiadającym niezbędne uprawnienia i doświadczenie w realizacji usług będących przedmiotem zamówienia. Analiza dokonana przez Odwołującego jest zabiegiem mającym na celu wykazanie racji Odwołującego w sposób subiektywny. Odwołujący pomija przy tym inne okoliczności, które mogą mieć wpływ na kształtowanie ceny. Odwołujący dla przykładu jest dużym przedsiębiorcą, a Wykonawca REKO przekształcił się z jednoosobowej działalności gospodarczej w spółkę z o.o. z jednoosobowym zarządem. Skalkulowanie ceny jest kompetencją Wykonawcy. Na łączną cenę brutto oferty składają się ceny jednostkowe, które mogą być kształtowane w dowolny sposób. Dla przykładu cena Wykonawcy REKO za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących

odpady komunalne jest najwyższa spośród innych ofert. Z kolei cena za odpady segregowane jest najniższa, względem czego Odwołujący nie stawia zarzutów wiedząc, że sposób zagospodarowania tych odpadów i na przykład uzyskiwania zysku z ich sprzedaży przez innego Wykonawcę jest zbyt trudny do analizy. Tak samo należy traktować kwestę ceny odpadów zmieszanych, na które zagospodarowanie i odbiór składa się wiele czynników. Cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową i Wykonawcy mają dowolność przy jej kalkulacji. Trzeba również zwrócić uwagę, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku. Odwołujący realizuje obecnie umowę świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz. Pierwotnie zaoferowana cena za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów zmieszanych w wysokości 700,92 zł, po ostatniej waloryzacji wynosi 750,36 zł i może być uznana za obecną cenę rynkową. Cena Wykonawcy REKO za zagospodarowanie i odbiór jednej tony odpadów zmieszanych w wysokości 842,40 zł nie uzasadnia wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający odnosząc zaproponowaną cenę do konkretnego zamówienia, jego specyfiki oraz rynku nie znalazł podstaw do wezwania Wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r. (KIO 36/22) dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jak wskazuje Izba w powyższym wyroku wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Powyższe potwierdza również art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamawiający wymaga od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług. Zatem warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego" czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska". Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. W omawianym przypadku to nie Zamawiający ma wątpliwości co do ceny jednostkowej zaoferowanej przez Wykonawcę REKO, a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się zrozumiałe. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu. Ponadto, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. (KIO 2847/21) należy zwrócić uwagę, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 ustawy Pzp i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co powoduje obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 Pzp). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę - czyli udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów - zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie przekonujących środków, że przywołane przez wykonawcę okoliczności faktyczne są prawdziwe, a z drugiej strony określa kto poniesie negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności.

5. Zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt. 1 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający uznaje za bezzasadny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie czynności zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Jak wynika wprost w powyższej regulacji, wystąpienie do innego podmiotu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego i jest uzależnione od wystąpienia u Zamawiającego wątpliwości w zakresie oświadczeń lub przedmiotach środków dowodowych. W związku z powyższym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 5 ustawy, gdyż przepis ten daje Zamawiającemu dodatkowe narzędzie, pozwalające na pozyskanie informacji w razie powzięcia wątpliwości co do otrzymanych podmiotowych środków dowodowych, lecz nie nakłada na Zamawiającego żadnego obowiązku. Niemniej jednak Zamawiający dostrzegając, że Wykonawca REKO uzyskał doświadczenie w ramach konsorcjum, zwrócił się pismem z dnia 27 maja 2022 r. do Wykonawcy REKO o wyjaśnienie, czy w ramach tego konsorcjum zrealizował usługę w wymaganym zakresie i o wymaganej wartości, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Wykonawca REKO wyjaśnił, że Konsorcjum zostało utworzone w celu wykazania się niezbędnym potencjałem i wykazania zdolności do należytej realizacji zamówienia. W ramach tej umowy P.H.U. „REKO" pełniło nie tylko funkcję lidera, ale także odpowiadało za faktyczną realizację wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia. Partner konsorcjum pełnił jedynie funkcję zabezpieczającą ciągłość wykonania usługi na wypadek zdarzeń wynikających z okoliczności nieprzewidzianych, np. siły wyższej, przestoju lub awarii, jednakże w toku realizacji tej usługi takie zdarzenia nie miały miejsca. Oznacza to, że P.H.U. „REKO" zrealizowało całość usługi objętej przedmiotem zamówienia i nabyło doświadczenie w wymaganym zakresie i o wymaganej wartości, tj. przekraczającej wartość 1.000.000 zł, a zatem spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wyjaśnienie Zamawiający uznał za wystarczające. Ustawa Pzp nie przewiduje żądania dodatkowych dokumentów w takiej kwestii ani procedury badania doświadczenia uzyskanego w ramach konsorcjum. Oświadczenie Wykonawcy jest wystarczającym dowodem w tym zakresie. Tym samym Zamawiający uznał, że Wykonawca REKO może legitymować się uzyskanym doświadczeniem w celu wykazania spełniania warunków w niniejszym postępowaniu. Zauważenia wymaga, że Odwołujący, którego w tym zakresie obciąża ciężar dowodu, nie wykazał, że usługi w Wykazie usług złożonym przez Wykonawcę REKO zostały wykonane przez partnera konsorcjum, a nie REKO. Przedstawiona przez Odwołującego umowa konsorcjum nie dowodzi jego racji, gdyż zawiera jedynie ogólne zapisy, że „wyłącznym celem Konsorcjum jest współdziałanie Stron w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, zawarcie umowy dotyczącej wykonania Zamówienia oraz wspólna i solidarna realizacja Zamówienia". Z powyższego nie można wywieść, że wyjaśnienie Wykonawcy REKO było nieprawidłowe. Na etapie dokonywania badania i oceny ofert Zamawiający dysponował oświadczeniami i dokumentami Wykonawcy REKO, które były wymagane zgodnie z treścią SWZ, a wątpliwości w zakresie doświadczenia zostały wyjaśnione w wyniku wystosowanego do wykonawcy wezwania. Wykaz usług został sporządzony przez Wykonawcę REKO zgodnie z wymogami SWZ. Przedłożone referencje (potwierdzenie wykonania usługi) potwierdzają, że usługa została wykonana należycie. Referencje wystawiane są przez podmioty, które były zamawiającymi w referencyjnych zadaniach, którzy nie mają obowiązku podawania w nich informacji jaka część zamówienia jest wykonywana przez danego konsorcjanta. Ich rolą jest potwierdzenie należytego wykonania usług wymienionych w wykazie, co nastąpiło w tym przypadku. Oświadczenie złożone przez Wykonawcę REKO wskazuje, że to on je wykonał. W związku z tym Zamawiający w toku badania i oceny ofert miał podstawy, aby uznać, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w piśmie z dnia 23 zerwca 2022 r. zgłosił wykonawca REKO PRIME Sp. z o.o. (dawniej: P.H.U. "REKO" J. C.) z siedzibą w Myszkowie (wykonawca REKO) wnosząc o oddalenie odwołania. Odwołujący podniósł, że kopię zgłoszenia otrzymał w dniu 6 lipca 2022 r. Także fakt otrzymania kopii zgłoszenia w dniu 6 lipca 2022 r. potwierdził Zamawiający.

Zgodnie z art. 525. 1.: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje". Jednocześnie przepis ust. 2. Wymaga: „Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie".

Bezspornie obowiązek wynikający z ust.2 przepisu nie został wykonany, co potwierdziły strony postępowania i także brak dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie w zgłoszeniu do Prezesa KIO z dnia 23 czerwca 2022 r. Tym samym zgłoszone przystąpienie nie mogło zostać uznane przez Izbę za skuteczne, a wykonawca REKO nie mógł uzyskać statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący na posiedzeniu podtrzymał zarzutu w zakresie punkt 1 do 4 (str 4 odwołania), a mianowicie naruszenia:

1. Art. 16 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na skutek dokonania bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO na skutek czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert, w wyniku czego ofercie REKO przyznano maksymalną liczbę punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy";

2. Art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 223 ust. 1 pkt 1, art. 218 ust. 1 oraz art. 219 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie czynności odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty;

3. Art. 16 pkt 1, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp na skutek czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów pomimo, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno spowodować przyznanie 0 punktów zamiast, jak to miało miejsce 20 punków, w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert, niż opisane w dokumentach zamówienia;

4. Art. 16 pkt 1, art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pomimo, że cena za tą istotną część składową odbiega od cen rynkowych i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia (.).

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 5 odwołania wykonawca oświadczył, że cofa zarzut (.) naruszenia art. 16 pkt. 1 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, na skutek zaniechania czynności zwrócenia się do bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny spełniania przez REKO warunków udziału w postępowaniu(.), a także związane z tym żądanie.

Mając powyższe oświadczenie na uwadze Izba uwzględniając odpowiednio art. 520 ust. 1 ustawy Pzp - zgodnie z którym „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy" - postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie wskazanego zarzutu.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie podlega uwzględnieniu zarzut wskazany w punkcie 3, a dotyczący czynności polegającej na nieprawidłowej ocenie ofert w ramach Kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" poprzez przyznanie ofercie REKO maksymalnej liczby punktów.

W tym przypadku należało zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że wykonawca REKO nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia ani nie podał liczby pojazdów elektrycznych lub

napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia, co zgodnie z SWZ powinno spowodować przyznanie 0 punktów zamiast, jak to miało miejsce w tej sprawie 20 punktów. W konsekwencji - jak podnosił Odwołujący - doszło do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie innego kryterium oceny ofert, niż opisane w dokumentach zamówienia;

Wymagane wskazanie liczby rodzaju pojazdów z normą EURO 6 związane z oceną ofert w kryterium „Aspekt środowiskowy" wynikało z punktu XX SWZ i z Formularza oferty.

W SWZ sposób oceny w ramach kryterium nr 2 „Aspekt środowiskowy" został - jak wskazywał Odwołujący - opisany następująco:

2. Aspekt środowiskowy (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji

spalin EURO 6) - max 20 pkt

Ocena w zakresie użycia pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 (lub nowszą), prowadzona będzie na podstawie oświadczenia zawartego

w Formularzu ofertowym, w którym Wykonawca wpisze odpowiednią opcję dotyczącą dysponowania

pojazdami.

Za każdy pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniającym normę emisji spalin co najmniej EURO 6, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia, zostanie przyznane 5 punktów, przy czym w ramach tego kryterium Zamawiający oczekuje dysponowania maksymalnie:

- dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów

komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji

zamówienia - 5 punktów za każdy,

- maksymalnie dwoma pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym lub spełniającymi normę emisji spalin EURO 6, przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia - 5

punktów za każdy.

Liczba punktów w tym kryterium - za dysponowanie poniższymi pojazdami, zostanie przyznana w sposób zgodny z poniższą tabelą:

Lp.	Dysponowanie / Rodzaj pojazdu	Punkty
1.	pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360l, 1100 l, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
2.	drugi pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 typu śmieciarka, przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
3.	pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
4.	drugi pojazd elektryczny lub napędzany gazem ziemnym lub spełniający normę emisji spalin EURO 6 przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia	5
	RAZEM MAKSYMALNIE	20

UWAGI:

4. Użyty powyżej zapis „który będzie wykorzystany do realizacji zamówienia” należy rozumieć jako: bezpośredni i ciągły udział w realizacji zamówienia zadeklarowanej ilości pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6.

5. W przypadku gdy Wykonawca wskaże w ofercie większą niż wymagana ilość pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, Zamawiający przyzna maksymalną możliwą ilość punktów dla nie więcej niż 4 pojazdów (maksymalnie dwóch śmieciarek i dwóch pojazdów do odbioru selektywnie zebranych odpadów), tj. maksymalnie 20 punktów.

6. W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium”.

Tym samym dla punktacji w ramach kryterium nr 2, wykonawca powinien złożyć w formularzu jednoznaczną deklarację co do liczby i rodzajów pojazdów w podziale na:

- elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin Euro 6 typu śmieciarka, przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia.

- elektryczne lub napędzane gazem ziemnym lub spełniające normę emisji spalin Euro 6 przystosowanych do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia”.

Powyższe wynika także z instrukcji formularza oferty (pkt VIII str 5-6).

Wykonawca REKO w tym formularzu zaoferował: „4 pojazdy Euro 6”. Nie wskazał zatem wbrew wymaganiom rodzajów pojazdów z normą Euro 6” z podaniem ich liczby, a jedynie liczbę pojazdów „Euro 6 ” których rodzaju i przeznaczenia na podstawie złożonej oferty (nie uzupełnionej w konsekwencji) nie można było zidentyfikować. Zatem taka deklaracja złożona w formularzu oferty nie pozwalała na przyznanie ofercie REKO w tym kryterium innej liczby punktów aniżeli „0”, zgodnie z postanowieniami wskazanego punktu 6) do Uwagi.

Zamawiający w tym stanie faktycznym nie mógł wzywać wykonawcy REKO w piśmie z dnia 24 maja 2022 r. w powołaniu na art. 223 ust.1 Pzp o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty w celu ustalenia postanowień formularza odnoszącego się do kryterium oceny ofert, które nie spełniało wymagań SWZ. W treści wezwania Zamawiający przyznaje, że (...) zapis Wykonawcy w Formularzu oferty „Aspekt środowiskowy: 4 pojazdy Euro 6" ponieważ z tego zapisu nie wynika jednoznacznie, czy w ramach tej liczby pojazdów Wykonawca dysponuje 2 pojazdami typu śmieciarka i 2 pojazdami do odbierania selektywnie zbieranych odpadów. W związku z powyższym należy wyjaśnić jak należy rozumieć zapis „4 pojazdy Euro 6", a tym samym jakimi pojazdami dysponuje Wykonawca w ramach łącznej liczby 4 sztuki pojazdów.”

Tym samym dla oceny oferty tego wykonawcy w tym kryterium nie mógł uwzględniać wyjaśnień z dnia 25 maja 2022 r., zgodnie z którymi wykonawca REKO podał, że (.) W

nawiązaniu do otrzymanego wezwania do wyjaśnienia treści Oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz, wyjaśniam, iż podane 4 sztuki pojazdów spełniających normę emisji spalin Euro 6 jest w posiadaniu Wykonawcy i stanowi 2 sztuki pojazdów typu śmieciarka oraz 2 sztuki pojazdów przystosowanych do odbierania selektywni. Wykonawca posiada więcej pojazdów o normie emisji spalin Euro 6. jednakże do oferty cenowej podano niezbędne minimum. Poniżej przedstawiam posiadane pojazdy do odbioru odpadów komunalnych jakimi dysponuje Wykonawca.

Lp.	Wyszczególniony sprzęt (typ pojazdu, marka, rok produkcji	Nr rejestracyjny	Podstawa do dysponowania	Norma emisji spalin
1	Renault — śmieciarka 2018	WND 74757	leasing	Euro 6
2	Scania — śmieciarka 2021	ST 3277T	leasing	Euro 6
3	Scania- Smieciarka2021	WGM 6679F		Euro 6
4	Mercedes-śmieciarka2021	WGM 9991 F	leasing	Euro 6
5	Mercedes-śmieciarka2021	WGM 6659F	leasing	Euro 6
6	Iveco — hakowiec 2020	WND 89249	leasing	Euro 6

7	Iveco — hakowiec 2020	sc 9457X	leasing	Euro 6
8	Mercedes — hakowiec - 2016	ST 3825T	leasin	Euro 6
9	Iveco- hakowieC-2017	sc 0458S	leasi	Euro 6
10	Mercedes — hakowiec 2015	SK 867 RJ	leasing	Euro 6
11	Scania — hakowiec 2021	ST 7831T	leasing	Euro 6
12	Mercedes — hakowiec 2016	sc 8743X	leasing	Euro 6
13	Mercedes Antoshakowiec-2013	WGM26762	leasing	Euro 6

Zgodnie z wymaganiami formularz „Wykaz pojazdów dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami" - załącznik nr 5 do SWZ - w kolumnie drugiej należało zamieścić: „Opis pojazdu (typ,

przeznaczenie); w trzeciej - „Ilość (sztuki)", a w czwartej - „Podstawa dysponowania" . Takie

dane zostały zamieszczone w tym formularzu przez wykonawcę REKO:

Tym samym oświadczenie złożone w Formularzu oferty mogło dotyczyć każdego z 13 pojazdów wymienionych w Wykazie podczas gdy kryterium dotyczyło pojazdów wyłącznie określonego rodzaju, jednoznacznie wskazanych w opisie SWZ.

Natomiast pozostałe zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Odnośnie zarzutów dotyczących (pkt 1i 2 odwołania) dokonania bezprawnej czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO na skutek czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert Izba miała także na uwadze następujące okoliczności:

Zamawiający także w dniu 27 maja 2022 r. wezwał wykonawcę REKO do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów podając w punkcie II tego pisma:

„Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

(...) Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

(...)

II. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w Rozdziale X. 1. pkt 1 ppkt 2 SWZ Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje następującymi pojazdami:

a) dwoma pojazdami typu śmieciarka przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 110/120 1, 240 1, 360 1, 1100 1,

b) dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,

c) jednym pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów wielkogabarytowych oraz odpadów elektrycznych i elektronicznych,

d) jednym pojazdem specjalistycznym do odbioru odpadów z PSZOK-u,

e) jednym pojazdem mniejszym gabarytowo do odbioru odpadów komunalnych z posesji o utrudnionym dojeździe dla śmieciarki.

W złożonym przez Wykonawcę wykazie pojazdów wskazano wprawdzie 13 pojazdów, jednak bez określenia ich przeznaczenia. Tym samym wykaz nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca dysponuje pojazdami o wymaganym przeznaczeniu w wymaganej liczbie. Celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie należy złożyć wykaz pojazdów uzupełniony o wskazanie przeznaczenia pojazdu".

Tak jak wskazano powyżej w „Wykazie pojazdów dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” - załącznik nr 5 do SWZ - w kolumnie drugiej należało zamieścić: „Opis pojazdu (typ, przeznaczenie); w trzeciej - „Ilość (sztuki)”, a w czwartej - „Podstawa dysponowania” . Takie dane zostały - jak wynika z powyższej tabeli - zamieszczone w tym formularzu przez wykonawcę REKO zgodnie z wymaganym wzorem - dla potwierdzenia wymaganego w SWZ warunku udziału.

Z kolei wykonawca REKO w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 maja 2022 r. w piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r. w punkcie 3) podał:

„3) Poniżej przedstawiam posiadane pojazdy do odbioru odpadów komunalnych, jakimi dysponuje Wykonawca wraz ze wskazaniem ich przeznaczenia.” W tym przypadku zamieszczono tabelę z następującym opisem dla kolumn:

Lp.	Wyszczególniony sprzęt,(typ pojazdu, marka, rok produkcji)	Nr rejestracyjny	Podstawa do dysponowania	Norma emisji spalin

Zakres informacji - jak wynika z opisów został zmieniony w stosunku do wymaganych w załączniku nr 5 do SWZ, poszerzony, w szczególności o dodaną przez wykonawcę kolumnę: „Norma emisji spalin”. Na marginesie Izba zauważa brak konsekwencji w jego wypełnianiu co do dodanej kolumny, gdzie dodana kolumna „nr rejestracyjny” wypełniona został przez podanie opisu pojazdu, przykładowo: „Śmieciarka przystosowana do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników 110/120 l, 240l, 360 l, 1100 l”. Podobnie dla pozostałych pojazdów zamieszczono z uwzględnieniem wymagań SWZ także opisy w miejsce wprowadzonych przez wykonawcę „nr rejestracyjnych”. Natomiast w ostatniej kolumnie dla wszystkich pojazdów - konsekwentnie wskazano na normę „EURO 6”.

Jednakże te ustalenia (podobnie jak już wskazane wyjaśnienia z 25 maja 2022 r.) nie mogą być kwalifikowane jako czynności negocjacji treści oferty złożonej przez REKO skutkiem czego doszło do złożenia przez REKO drugiej oferty po upływie terminu do złożenia ofert, w

wyniku czego ofercie REKO przyznano maksymalną liczbę punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy”. Jak ustalono bowiem przyznanie punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy” ofercie wykonawcy REKO było skutkiem zastosowanej nieprawidłowo

procedury wyjaśnień, a nie prowadzenia negocjacji i w konsekwencji zmiany treści oferty. Tym samym także zarzut zaniechania odrzucenia oferty REKO jako niezgodnej z przepisami ustawy, gdyż wykonawca ten złożył więcej niż jedną ofertę, a do złożenia drugiej oferty doszło po upływie terminu do złożenia ofert w wyniku bezprawnych negocjacji treści oferty Izba uznała za niepodlegający uwzględnieniu.

Wobec powyższych ustaleń Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 223 ust. 1 pkt 1, art. 218 ust. 1 oraz art. 219 ust. 1 ustawy Pzp.

Także nie podlega uwzględnieniu zarzut z punktu 4 odwołania, który dotyczy (.) zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień wykonawcy REKO, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnej części składowej ceny oferty to jest odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych pomimo, ze cena za tą istotną cześć składową odbiega od cen rynkowych i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia”.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu - jak wskazywał sam Odwołujący kalkulacja cenowa - zgodnie ze wzorem Załącznika nr 3 do SWZ - obejmowała cztery pozycje i taką kalkulację złożył wykonawca REKO.

Lp.	Rodzaj odpadów	Szacunkowa ilość odpadów w czasie trwania umowy [Mg]	Cena jednostkowa brutto odbioru i zagospodarowania odpadów [zł/Mg]	Wartość brutto [iloczyn kolumn 3x4]
1	2	3	4	5
1	Zmieszane odpady komunalne	3 950,00	842,40	3 327 480,00
2	Segregowane odpady komunalne	2 300,00	648,00	1 490 400,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne	120,00	756,00	90 720,00
3	Odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne zawierające papę odpadową	75,00	756,00	56 700,00
			Razem brutto:	4 965 300,00

Zarzut odwołania dotyczy jednej pozycji - pierwszej dotyczącej odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, która zdaniem Odwołującego powinna zatem zostać uznana za istotną część składową oferty. Zamawiający tej pozycji nie nadał takiego priorytetu. Z kolei przesłanki obowiązkowego badania ceny określone w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp zachodzą wówczas, gdy cena oferty lub jej istotne elementy składowe jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W tej sprawie takie przesłanki nie wystąpiły. Ponadto art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie określa jednoznacznych przesłanek definiujących stosowaną w przepisie terminologię, uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Użyte w przepisie sformułowania „wydają się rażąco niskie", „budzą wątpliwości zamawiającego" wskazują na aspekt subiektywnej oceny Zamawiającego.

W omawianym przypadku Zamawiający - jak podał - nie powziął wątpliwości ani w zakresie zaoferowanej ceny ani jej istotnych części składowych. Jak zasadnie wskazywał, Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a zarzut ten odnosił do wątpliwości jakie powinien Zamawiający powziąć z oferowaną ceną w pozycji pierwszej. Wykonawca REKO zaoferował odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów zmieszanych za cenę brutto 842,40 zł. Odwołujący zaoferował za ten zakres cenę 864,00 zł, a więc tylko o 21,60 zł wyższą (tj. 2,5 % różnicy). Trzeci Wykonawca zaoferował cenę 985,00 zł, czyli o 121,00 zł wyższą od Odwołującego. Niewątpliwie dla potrzeby analizy ceny Odwołujący jako podmiot zainteresowany w uzyskaniu zamówienia dokonał założeń w taki sposób aby wykazać, w tym przypadku wątpliwości wykonawcy w przedmiocie ceny dla jednej pozycji, co miało uzasadniające wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie wskazanego przepisu. Argumentacja podnoszona w odwołaniu nie dowodzi, że cena wykonawcy REKO jest rażąco niska. Przykładowo założenia takie jak podział strumienia odpadów w relacji 50% na 50% między wskazywane instalacje, realizacja usługi z lokalizacji siedziby firmy, wydajność bazowa odbioru odpadów na obszarze gminy, koszty personalne czy koszty pojazdów oparte zostały o własną kalkulację i doświadczenie Odwołującego, w stanie faktycznym sprawy nie muszą być adekwatne wobec innego konkurencyjnego wykonawcy.

Wobec powyższych ustaleń Izba oddaliła zarzut naruszenia_art. 16 pkt 1, art. 224 ust 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021r., poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.