Sygn. akt: KIO 3795/21

WYROK

z dnia 18 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2022 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: RDF Sp. z o.o., MPK Pure Home Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Dąbrówka, ul. T. Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PGO MAZOWSZE sp. z o.o.; Jurant sp. z o.o. sp. j., ul. Jana III Sobieskiego 104/39, 00-764 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Konsorcjum RDF i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) 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. KIO 3795/21

UZASADNIENIE

Gmina Dąbrówka, ul. T. Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka, dalej zwana „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA w 2022 roku, numer referencyjny: IR.271.1.11.2021. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 1 października 2021r., nr 496645-2021-PL.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom w dniu 20 grudnia 2021r.. Za taką ofertę zamawiający uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PGO MAZOWSZE sp. z o.o.; Jurant sp. z o.o. sp. j., ul. Jana III Sobieskiego 104/39, 00-764 Warszawa, który to

wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca - Konsorcjum: RDF Sp. z o.o., MPK Pure Home Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka, zwany dalej „"odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy w zakresie, w jakim zakłada powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcom;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 117 ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że w sposób realny spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wiedzy i doświadczenia oraz posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że tą część zamówienia, do realizacji której wymagane są wiedza i doświadczenie oraz uprawnienia (odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości) będzie realizował ten z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który posiada wymagane warunkami udziału w postępowaniu zasoby;

ewentualnie:

- art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwanie Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych, mimo że istotne części składowe, a w ślad za tym i cena, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym zwłaszcza przepisów ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, względnie

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

W zarzucie pierwszym odwołujący zarzucił zamawiającemu, że niezasadnie uznał za prawidłową ofertę przystępującego w sytuacji, kiedy w wykonawca ten w ofercie wskazał, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany z udziałem podwykonawców z tym, że podwykonawcy zostanie powierzony zakres prac obejmujący całość zadania. Tym samym Konsorcjum PGO, zaoferowało realizację całości zadania przez podwykonawców, co jest sprzeczne z treścią art. 462 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. A contrario, nie istnieje możliwość powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia.

Wskazał, że prawidłowość takiego stanowiska potwierdził również Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 5 maja 2021r., sygn. akt XXIII Zs 11/21:, gdzie stwierdzono, że Podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasada transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

W tej sytuacji odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum PGO winna podlegać, odrzuceniu, jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

W zakresie drugiego zarzutu odwołujący podał, iż Konsorcjum PGO nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, że treść pkt 13 oferty Konsorcjum PGO koresponduje z treścią pkt 11 jego oferty (oraz dodatkowym oświadczeniem złożonym do oferty), w którym wskazano następujący podział czynności pomiędzy podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie:

- PGO Mazowsze sp. z o.o. zapewni finansowanie, udostępni wymagany tabor samochodowy,
- Jurant sp. z o.o. sp. j - (cyt.:) udostępni doświadczenie, udostępni pracowników do wykonania w/w zamówienia oraz udostępni bazę magazynowo - transportową.

Z przedmiotowego oświadczenia nie wynika by którykolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie miał realizować czynności składające się na przedmiot zamówienia - odbierać i zagospodarowywać odpady. Wykonawcy, co wynika z przywołanego oświadczenia, jedynie łączą swoje zasoby (udostępniają je sobie nawzajem) by uzyskać zamówienie, które następie w całości będzie realizowane - co potwierdza pkt 13 oferty - przez niewskazanych w ofercie z nazwy podwykonawców. Akceptacja takiej sytuacji byłaby równoznaczna z tym, że warunki udziału w postępowaniu spełnione byłyby w niniejszej sprawie jedynie pozornie. Tymczasem warunki udziału w postępowaniu, co jednoznacznie wynika z art. 112 ust. 1 Pzp, mają umożliwić ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie są, więc jedynie formalnością, lecz sposobem na zapewnienie by zamówienie było realizowane przez podmioty, które rzeczywiście dysponują potencjałem niezbędnym do tego, by zrealizować to zamówienie w sposób należyty i zgodny z prawem. W niniejszej sprawie, co potwierdza jednoznacznie treść złożonej oferty, to nie wykonawcy, którzy owe warunki spełniają, będą realizować zamówienie. Warto przy tym dodać, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z pojedynczym wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, lecz z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie, do których zastosowanie znajduje art. 117 ust. 2 i 3 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami, warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi do realizacji, których te zdolności są wymagane. Natomiast w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ustawodawca, analogicznie, jak w przypadku udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie, oczekuje wykazania realności w dysponowaniu danym zasobem - realności, która winna być rozumiana jako obowiązek realizacji przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tej części zamówienia, dla której realizacji postawiony został warunek udziału w postępowaniu. Brak zapewnienia realizacji zamówienia w tej części, dla której realizacji konieczne są odpowiednio wiedza i doświadczenia lub uprawnienia opisane warunkiem udziału w postępowaniu, jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum PGO na wezwanie zamawiającego warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do posiadania uprawnień i doświadczenia wymaganych do realizacji zamówienia spełnia Jurant sp. z o.o. sp. j., jednakże zgodnie z oświadczeniami złożonymi w ofercie ten wykonawca nie będzie realizował części zamówienia, do realizacji, której niezbędne są te zasoby, tj. nie będzie odbierał od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych, bowiem jedynie „udostępnia" konsorcjum swoje zasoby, a całość zamówienia ma zrealizować podwykonawca.

W ślad za tym nie sposób przyjąć, że Konsorcjum PGO wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że sposób realizacji zamówienia (oświadczenie z pkt 13 Oferty Konsorcjum) stanowi treść oferty Konsorcjum PGO i jako takie nie może zostać obecnie zmienione. Nawet, więc gdyby przyjąć, że oświadczenie złożone w trybie art. 117 ust. 4 Pzp co do sposobu realizacji zamówienia co do zasady mogłoby być zmienione, to z uwagi na treść oferty złożonej przez Konsorcjum PGO w niniejszej sprawie nie istnieje możliwość wykazania przez Konsorcjum, że realnie spełnia ono warunki udziału w postępowaniu.

W trzecim zarzucie odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w realiach przedmiotowego postępowania zaniechał wezwania przystępującego do wyjaśnienia ceny złożonej oferty uznając, że z analizy cen zawartych w ofercie wykonanie tego zamówienia za zaoferowaną cenę jest raczej niemożliwe. Podkreślił, że Konsorcjum PGO zaoferowało realizację zamówienia za cenę 2 320 920 zł, a więc za cenę aż o 23% niższą niż wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT. Zauważył, że w niniejszej sprawie nie została wprawdzie spełniona obligatoryjna przesłanka z art. 224 ust. 2 Pzp do wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień ceny, jednak biorąc pod uwagę istotną różnicę zaoferowanej ceny do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT po stronie zamawiającego winny pojawić się wątpliwości odnośnie tego, czy zaoferowana przez Konsorcjum PGO cena została skalkulowana w sposób prawidłowy i pozwala na pokrycie wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Podkreślił, że mimo tego, iż cena Konsorcjum PGO jest niższa od wartości o ok. 23%, to jednak odnotować

należy, że już po wszczęciu postępowania (i po ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia), sytuacja rynkowa zaczęła się istotnie zmieniać. W ostatnich miesiącach, a w zasadzie tygodniach 2021r. obserwujemy istotny wzrost inflacji (wzrost niespotykany w ciągu ostatnich 20 lat), kosztów pracy oraz gwałtowny wzrost kosztów energii i paliw. Koszty realizacji usługi ustalane na podstawie danych z ubiegłego roku, czy nawet z uwzględnieniem inflacji, czy innych wskaźników z okresu bezpośrednio poprzedzającego wszczęcie postępowania są, więc obecnie nieaktualne. Wobec istotnej dysproporcji zaoferowanej przez Konsorcjum PGO ceny do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, w sytuacji, gdy na skutek zmiany sytuacji rynkowej, sama wartość szacunkowa zamówienia może być niedoszacowana, po stronie zamawiającego winny pojawić się wątpliwości odnośnie tego, czy za tak skalkulowaną cenę ofertową Konsorcjum PGO będzie w stanie zrealizować zamówienie w 2022r.

Nadto cena Konsorcjum PGO za odbiór i zagospodarowanie wskazanych odpadów jest o około 300 zł/lMg niższa niż ceny kolejnych trzech wykonawców (poz. 2) i dwóch wykonawców (poz. 4) i o około połowę niższa niż cena zaoferowana przez dwóch pozostałych wykonawców. Względem zaś średniej ceny różnica wynosi odpowiednio 304.75 zł (poz. 2) i 400.22 zł co oznacza, że cena Konsorcjum PGO jest niższa od średniej ceny odpowiednio o 36% (poz.2) i 43.5% z (poz. 4). Nadto z uwagi na okoliczność, że przedmiot zamówienia dotyczy odbioru i zagospodarowaniu aż 1200 Mg (poz. 2) i 180 Mg (poz. 4) odpadów, wartość wskazanych pozycji stanowi w każdej ze złożonych ofert (poza ofertą Konsorcjum) aż ok. 1/3 całej ceny. Wartość samej poz. 2 wynosi w ofertach innych wykonawców od 972 000 zł do 1 416 768,00 zł, gdy tymczasem w ofercie Konsorcjum PGO to jedynie 648 000 zł. Niedoszacowanie tej pozycji, może wiec prowadzić do niedoszacowania całej ceny ofertowej. Już sama ta okoliczność winna wzbudzić po stronie Zamawiającego wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny Konsorcjum PGO.

Cena jednostkowa za obiór i zagospodarowanie odpadów selektywnych na poziomie 540 zł brutto nie jest ceną występująca na rynku, o czym świadczą ceny z otwarcia ofert w gminach tego regionu, np. Gmina Radzymin, Gmina Serock. Gmina Nasielsk. Gmina Wyszków. Gmina Rząśnik. Za cenę ok. 496 zł/l Mg netto (540 zł brutto) obiektywnie nie jest możliwe pokrycie kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów objętych tymi pozycjami.

Podniósł także, że dla odpadów o kodzie 15 01 02, które zgodnie z OPZ (str. 1) stanowią najliczniejszą część odpadów odbieranych pod poz. 2 Tabeli cenowej oznacza to konieczność bezpośredniego transportu odpadów na odległość ok. 80 km (Instalacja w Woli Suchożebrskiej) lub aż ok 140 km (Clean Word ul. Kasprzykiewicza 45, 05-200 Leśniakowizna) w jedną stronę. W pierwszej ze wskazanych instalacji koszt zagospodarowania odpadów w 2021r. wynosił 200 zł/lMg, natomiast w drugiej aż 500 zł/lMg netto, przy czym z uwagi na wzrost kosztów energii, paliwa, pracy i inflację koszty te w 2022r. z pewnością wzrosną. Przy wykorzystaniu drugiej ze wskazanych przez Konsorcjum PGO instalacji, sam koszt zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 02 przekracza cenę jednostkową podaną przez Konsorcjum - cenę, która ma pokryć poza kosztami zagospodarowania odpadów, również koszty ich odbioru i transportu na odległość ok. 140 km. Podobnie jest z kosztami odbioru i zagospodarowania odpadów bio (odpady ulegające biodegradacji - 20 02 01). Konsorcjum PGO zakłada, że odpady te będą zagospodarowywane w instalacji należącej do PNWMS sp. z o.o., która za zagospodarowanie wskazanych tu odpadów oczekiwała w 2021r. wynagrodzenia w wysokości 460 zł netto.

Dodał nadto, że w zakresie odbioru odpadów wielkogabarytowych (20 03 07) Konsorcjum PGO będzie przekazywało te odpady, zgodnie z ofertą, do instalacji zlokalizowanej w miejscowości Stare Lubiejewo. Koszt przyjęcia tych odpadów do przetworzenia w tej instalacji w 2021r. wynosił 850 zł netto. Należałoby, więc zadać pytanie, jak Konsorcjum PGO za kwotę 50 zł/l Mg netto chce odebrać te odpady spod nieruchomości i dowieść do instalacji (najkrótsza trasa to 160 km w jedną stronę) oraz czy w cenie ofertowej uwzględniło ryzyko wzrostu kosztów zagospodarowania tych odpadów w 2022r. Z kolei opony Konsorcjum PGO będzie kierowało do instalacji w Woli Suchożebrskiej, która w 2021r. przyjmowała je po cenie 700 zł/lMg netto i jest oddalona od gminy Dąbrówka o ok. 80 km. W tym przypadku również zastanawiające jest jak za kwotę 200 zł/lMg Konsorcjum PGO chce odebrać te odpady i przetransportować do instalacji.

Reasumując powyższe stwierdził, że warto wskazać na orzecznictwo Izby, w którym jednoznacznie i konsekwentnie wskazuje się, że konieczność zastosowania względem wykonawcy przepisu art. 224 ust. 1 Pzp (poprzednio art. 90 ust. 1 Pzp) aktualizuje się nie tylko w sytuacji, gdy zaoferowana cena pozostaje w określonej relacji do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT czy średniej ceny złożonych ofert, ale w każdym przypadku, gdy zachodzą wątpliwości odnośnie tego, czy zaoferowana cena jest ceną realną, rynkową.

Dodał, że jego zdaniem zamawiający oceniając ofertę przystępującego poprzestał

jedynie na formalnej ocenie oferty złożonej przez Konsorcjum PGO, przy czym wrażenie to odnieść należy nie tylko do kwestii ceny, ale także pozostałych elementów oferty wykonawcy, do których odnosi się niniejsze odwołanie.

Zamawiający całkowicie pominął treść oświadczenia Konsorcjum PGO odnośnie tego, że całość zamówienia zrealizuje przez podwykonawców i nie zastanowił się, jak sytuacja ta wpływa na możliwość przyjęcia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, ustalając, że zaoferowana przez Konsorcjum PGO nie jest mniejsza niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia i średniej cen ofert innych wykonawców, w ogóle nie zadał sobie pytania, czy można odebrać i zagospodarować odpady selektywne za cenę wskazaną przez Konsorcjum, nie zadał sobie pytania, czy cena Konsorcjum jest rynkowa, jeśli rzeczywiście wykonawca powierzy realizację zamówienia w całości podwykonawcom (a więc musi uwzględniać dodatkowo marżę wykonawcy i podwykonawcy), jak w takiej sytuacji będzie realizowane zamówienie, skoro całość zasobów wymaganych SWZ do realizacji zamówienia mają członkowie konsorcjum składającego ofertę, a jeśli ostatecznie część zamówienia będzie Konsorcjum realizowało samodzielnie, jak sytuacja ta wpłynie na koszty wykonania zamówienia, skoro Konsorcjum PGO nie posiada własnych instalacji do przetwarzania (doczyszczania) odpadów, ani zezwoleń na zbieranie odpadów, co z kolei oznacza konieczność transportowania odpadów na duże odległości (w tym w przypadku odpadów o kodzie 20 03 01 nawet na odległość ponad 500 km). Kwestie te tymczasem bezwzględnie winny być wyjaśnione, by można było przyjąć, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało przeprowadzone prawidłowo.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, lecz w ustnym stanowisku zaprezentowanym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając swoje stanowisko podał, że pomimo, iż z formularza ofertowego wynika, że wybrane konsorcjum będzie wykonywało zamówienie przy pomocy podwykonawców to jednak z treści oferty oraz oświadczenia konsorcjum wynika, że członkowie konsorcjum będą brali udział realizacji zamówienia, gdyż będzie to następowało poprzez finansowanie wykonywania zamówienia, jak również udostępnienia dwunastu osób, środków transportu oraz bazy magazynowej. Z powyższego zamawiający wywiódł, że konsorcjum będzie brało udział w realizacji zamówienia. Nie kwestionuje faktu, że wykonawca w ofercie nie podał, kto będzie podwykonawcą w realizacji tego zamówienia. Zamawiający wymagał, aby dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca posiadał wpis do działalności regulowanej w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów. Taki wpis posiada członek konsorcjum i tym samym z tego faktu zamawiający wywiódł, że konsorcjum będzie brało udział w realizacji części zamówienia. Na pytanie Izby pełnomocnik oświadczył, iż zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a przyjął to w oparciu o treść złożonej oferty.

W zakresie zarzut drugiego dot. tego, iż wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu to zamawiający podał, iż niewątpliwym jest, że taki warunek spełnia jeden z członków konsorcjum wykonawca Jurant sp. z o.o., a w nawiązaniu do zarzutu pierwszego podał, iż niewątpliwym jest, że członkowie konsorcjum, będą uczestniczyli, być może z udziałem z podwykonawców, w realizacji tego zamówienia.

W zakresie zarzutu trzeciego, zgłoszonego, jako ewentualny, a dot. tego, że cena oferty wybranej jest na takim poziomie, iż za wskazaną kwotę brak jest możliwości wykonania tego zamówienia zamawiający podał, że zarzut ten jest niezasadny, gdyż cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów podana w ofercie przystępującego nie odbiega w sposób znaczący, a w szczególności powyżej 30%, od wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Wskazuje także, iż taki wniosek znajduje uzasadnienie także w oparciu o oferty, jakie zostały złożone na odbiór i zagospodarowanie odpadów w gminach ościennych, gdzie sam odwołujący w postepowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów w Gminie Marki złożył ofertę, która jest niższa w granicach 25-27% od wartości oszacowania. Podkreślił również, że dokonując oceny wielkości cen jednostkowych w ofercie wybranej oraz w ofercie odwołującego należy stwierdzić, że tylko w dwóch przypadkach cena oferty wybranej zawiera niższe ceny niż cena w tym zakresie w ofercie odwołującego. Wskazał, że przykładowa cena za zmieszane odpady komunalne, których jest najwięcej w całym zamówieniu w przypadku odwołującego, jest niższa od ceny, jaką podał w ofercie wybranej przystępujący.

Przystępujący również nie złożył pisma procesowego, w którym odniósłby się do zarzutów odwołania. W swoim stanowisku przedstawionym na rozprawie w szczególności zakwestionował dwa pierwsze zarzuty odwołania odnoszące się do rzekomo niezgodnej treści oferty z ustawa Pzp oraz niewykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu. W zakresie zarzutu niezgodności oferty z ustawą podał, że całkowicie niezasadne jest stanowisko odwołującego, iż przystępujący zamierza w całości powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom. Podniósł, że w ofercie w pkt 13 podał, że podwykonawcom powierzy zakres prac dotyczących całości zadania, ale zwrotu „zadania” nie utożsamiał z całością przedmiotu zamówienia, ale z pewnym jego zakresem, który być może powierzy

podwykonawcy.

Podkreślił także, iż w złożonym na podstawie art. 117 Pzp oświadczeniu członków konsorcjum jednoznacznie stwierdził, że usługi związane z realizacja przedmiotu zamówienia wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nadto

przekazane oświadczenie zawierało informację, który z pośród konsorcjantów przekaże - udostępni dla realizacji tego zamówienia zasoby i w jakim zakresie.

W zakresie niewykazania spełniania warunków udziału w postepowaniu wskazał, że ani zamawiający, ani żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty - oprócz odwołującego nie zauważył, aby wykazane zasoby nie były zgodne z postawionym w SWZ wymaganiem. Tym samym zarzut ten, jako łączący się z zarzutem pierwszym jest również niezasadny.

W zakresie zarzutu braku wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw zaoferowania ceny w takiej wysokości za wykonanie zamówienia, podał, że zaoferowana w ofercie konsorcjum cena nie spełnia żadnych przesłanek, aby zasadne było wezwanie wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Nadto podał, że odwołujący w żaden sposób dowodowo nie uprawdopodobnił, aby cena oferty przystępującego była rażąco niska.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron oraz przystępującego, biorąc pod uwagę treść Ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, a także stanowisk i oświadczeń stron i przystępującego złożonych na rozprawie uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy. Izba uznała, że tak ustalony stan faktyczny jest pełny i nie wymagał uzupełnienia, o co także żadna ze stron nie wnosiła.

Jak wynika z analizy treści oraz układu postawionych zarzutów przyjąć należy, że podstawowym zarzutem jest zarzut złożenia oferty przez przystępującego wykonawcę, która według odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Tą niezgodnością według odwołującego jest kwestia, że przystępujący w ofercie podał, iż całość zadania powierzy do wykonania podwykonawcom, co zdaniem zamawiającego narusza przepis art. 462 ust.1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może powierzyć do wykonania podwykonawcy tylko część zamówienia. Izba podkreśla, że ofertę wybraną złożyli wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia w formie konsorcjum składającego się z dwóch podmiotów. Konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego założeniem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego i realizacji umowy. Istota konsorcjum sprowadza się, więc do podejmowania przez jego członków wszelkich działań, których efektem ma być uzyskanie zamówienia publicznego i jego wykonanie.

Osią sporu jest treść pkt 13 formularza ofertowego, w którym wykonawca oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona z udziałem podwykonawców i powierzy im całość zadania. Odwołujący stoi na stanowisku, że określenie „całość zadania" należy utożsamiać z całością zamówienia. Natomiast przystępujący, jak i zamawiający uznają, że zwrot „zadanie" jest na gruncie tego stanu faktycznego sprawy pojęciem węższym niż „zamówienie" i odnosi się tylko do części zamówienia. Nadto przystępujący jak i zamawiający wskazywali na treść oświadczenia konsorcjum z dnia 28.10.2021roku złożonego zgodnie z wymaganiem art. 117 ust 4 Pzp w który wskazali na podział zadań pomiędzy członków konsorcjum.

Wskazać należy zdaniem Izby, że oświadczenie to składane jest tylko przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i ma z niego wynikać, „które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy". Tak, więc chodzi tutaj o zakres robót wykonywanych przez wykonawców samodzielnie i liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Ratio legis art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne

wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pomimo tego, że sam status prawny takiego oświadczenia nie został jasno określony w przepisach Pzp, to jednak przyjąć należy, że oświadczenie, takie jest podmiotowym środkiem dowodowym.

Obowiązek złożenia przez konsorcjantów oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 Pzp., charakteryzuje się odrębnością względem obowiązku złożenia, na żądanie zamawiającego, kopii umowy konsorcjalnej, które to obowiązek aktualizuje się dopiero na etapie następującym po wyborze oferty najkorzystniejszej a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 59 Pzp.). To dopiero w umowie, konsorcjum przedstawia szczegółowo w jakim zakresie dany członek konsorcjum będzie wykonywał zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania i ustalenia na grunt pierwszego zarzutu odwołania Izba wskazuje, że jeśli chodzi o znaczenie określenia „zamówienie" publiczne, a „zadanie", to o ile zamówienie publiczne jest zdefiniowane w przepisach Pzp to określenie „zadanie" może obejmować swoim zakresem potrzebę wykonania czynności w zakresie zarówno szerszym jak i węższym od pojęcia „zamówienie". Zadanie niewątpliwie oznacza to, co dany podmiot ma do wykonania i nie może być wprost utożsamiane wprost z zakresem pojęcia „zamówienie publiczne".

Analizując sytuację związaną z przedmiotowym postępowaniem w szczególności stanowisko zamawiającego i przystępującego uznać należy, że przystępujący nie zamierzał powierzyć realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Stanowisko przeciwne prowadziłoby do konieczności przyjęcia tezy, iż wykonawca złożył ofertę w postepowaniu nie dlatego, aby uzyskać to postępowanie, lecz aby jego oferta została odrzucona jak niezgodna z przepisem art. 462 ust.1 Pzp.

Złożone oświadczenie w pkt 13 formularza oferty stanowiło według przystępującego jakoby

zabezpieczenie na przyszłość - tj. możliwości skorzystania z usług podwykonawcy, gdyż wykonawca, który takiej ewentualności nie zastrzeże w treści oferty nie będzie miał możliwości nawet w przypadku zaistnienia takiej potrzeby, powierzenia części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę. Wskazać należy w szczególności na treść Oświadczenia konsorcjum w którym pomimo braku precyzji językowej wskazano, iż

„OŚWIADCZAM, iż usługi związane z realizacja przedmiotu zamówienia wykonają

poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Wykonawca (nazwa):

"PGO MAZOWSZE SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA"

wykona: ___Udostępni wymagany tabor samochodowy_____

___Finansowanie _____

Jurant Sp. z o. o. Sp. Jawna

wykona: ___Udostępni pracowników do wykonania w/w zamówienia _____

___Udostępnienie bazy magazynowo - transportowej _____

___Udostępni swoje doświadczenie _____
to jednak niewątpliwe jest, że konsorcjanci wskazują zakres robót, które będą wykonywać samodzielnie i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postepowaniu. Z powyższego oświadczenia można w sposób jednoznaczny wywieść że przystępujący nie zakładał iż mógłby powierzyć do wykonania całość zamówienia podwykonawcy.

Izba uznaje, że niewątpliwie zaniechaniem zamawiającego było niewezwanie konsorcjum do złożenia wyjaśnień treści oferty - co należy rozumieć pod pojęciem udostępniania osób i środków transportu, a także jak przystępujący wykonawca rozumiał w świetle tego oświadczenia, oświadczenie z pkt 13 formularza ofertowego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że kwestie te zostały wyjaśnione w trakcie rozprawy (art. 552 ust.1 Pzp) Izba uznała brak zasadności nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści zarówno pkt 13 formularz oferty jak i ww. Oświadczenia.

Wskazać należy także, iż aby zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy to niezbędne jest jednoznaczne ustalenie i stwierdzenie, że złożona oferta w merytorycznym zakresie nie odpowiada ona wymaganiom zamawiającego wyartykułowanych w treści SWZ. Izba uznała, że taka niezgodność w zakresie oferty przystępującego nie wystąpiła. Nadto podkreślić należy, że przedmiotowej sprawie wątpliwości, które wystąpiły, co do treści oferty

wyartykułowane w treści zarzutów odwołania, zdaniem Izby mogą być oceniane, jako niestaranność wykonawcy w sporządzeniu oferty. Natomiast nie mają znaczenia, co do zawartości merytorycznej oferty odnoszącej się do udziału członków konsorcjum w wykonywaniu zamówienia. Z treści oferty, a w szczególności z oświadczenia Konsorcjum można w sposób pewny wywieść, że konsorcjanci (niezależnie od zakresu), będą brali udział w wykonywaniu zamówienia, a tym samym upada zarzut, że całość zamówienia zostanie powierzona wykonaniu przez podwykonawcę(ów).

W zakresie zarzutu drugiego, który jest powiązany z zarzutem pierwszym dotyczącym niewykazania spełniania warunku udziału w postepowaniu z powodu braku realnego udostepnienia zasobów, odwołujący uzasadniał to tym, że nie zostało wykazane, iż część zamówienia, do realizacji, której wymagane są wiedza i doświadczenie oraz uprawnienia (odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości) będzie realizował ten z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który posiada wymagane warunkami udziału.

Wskazać należy, że warunki udziału w postepowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ,a także wymaganych uprawnień spełnia członek konsorcjum Jurant sp. z o.o. Fakt ten nie był kwestionowany przez odwołującego. Natomiast odwołujący w pkt 8 uzasadnienia odwołania podał, iż „Wykonawcy, co wynika z przywołanego oświadczenia, jedynie łączą swoje zasoby (udostępniają je sobie nawzajem) by uzyskać zamówienie, które następie w całości będzie realizowane - co potwierdza pkt 13 oferty - przez niewskazanych w ofercie z nazwy podwykonawców.” W związku z uznaniem przez Izbę za niezasadny zarzut pierwszy odwołania, iż całe zamówienie będzie realizowane przez nieznanych podwykonawców, to tym samym niezasadny jest także zarzut, iż nie nastąpiło realne udostepnienie zasobów.

W zakresie zarzutu trzeciego podniesionego, jako zarzut ewentualny odwołujący wywodził, że cena oferty przystępującego jest zbyt niska, aby możliwe było wykonanie przedmiotowego zamówienia. Głównym argumentem odwołującego była kwestia, że przystępujący nie założył w wycenie wzrostu cen, a także faktu, iż w ostatnim okresie czasu obserwujemy istotny wzrost inflacji (wzrost niespotykany w ciągu ostatnich 20 lat), kosztów pracy oraz gwałtowny wzrost kosztów energii i paliw. Koszty realizacji usługi ustalane na podstawie danych z ubiegłego roku, czy nawet z uwzględnieniem inflacji czy innych wskaźników z okresu bezpośrednio poprzedzającego wszczęcie Postępowania są więc obecnie nieaktualne. Przy tak sformułowanym stanowisku, uszło uwadze odwołującego, że ten gwałtowny wzrost kosztów dotyka nie tylko przystępującego, ale każdego z wykonawców biorących w nim udział, w tym także i odwołującego. Rozprawa przed KIO wykazała, że zarzuty stawiane przez odwołującego w tym zakresie opierają się na pewnej prognozie co do braku realności ceny oferty przystępującego. Jednakże, żadne dowody nie zostały w tym zakresie przedstawione, a to odwołujący stawiający zarzut ma obowiązek dowodowy, aby uwiarygodnić zasadność stawianego zarzutu. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29.10.2021 roku sygn. Sygn. akt XXIII Zs 110/21 Sygn.akt. XXIII Zs 111/21 podać należy, że ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów, (...) należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające.

Z analizy materiału sprawy Izba wywiodła stanowisko, że oferta przystępującego nie została skalkulowana w sposób odbiegający od realiów rynkowych i możliwości wykonawcy, aby za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie. Zauważyć należy chociażby sytuację, że koszt odbioru i zagospodarowania 1 tony odpadów komunalnych, które stanowią największą ilość odpadów w tym zamówieniu jest u przystępującego skalkulowany na wyższym poziomie niż to ma miejsce w przypadku oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba również ten zarzut, jako nieudowodniony uznała za niezasadny. Podkreślenia wymaga kwestia wpływu tzw. mocy dowodowej przedstawionej argumentacji na możliwość uwzględnienia zasadności danego zarzutu. Za wyrokiem SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 stwierdzić należy, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Takich dowodów w przedmiotowej sprawie nie złożono.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentancji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....