

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 7 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 marca 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wyszaków, przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGO Mazowsze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Jurant spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki jawnej z siedzibą w Zielonce

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

oraz

2) wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. 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, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu kosztów zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 716/22

UZASADNIENIE

Gmina Wyszków, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wyszków w 2022 r.”, nr ROZ.271.54.2021. Postępowanie podzielone zostało na części, przedmiotowa sprawa odwoławcza dotyczy części I i II.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 października 2021 r. nr 2021/S 196-510093.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia RDF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „Odwołujący”) 24 marca 2022 roku złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGO Mazowsze spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Jurant spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę jawną z siedzibą w Zielonce (dalej: „Konsorcjum PGO”), którzy:

— złożyli ofertę, wobec której treści istnieją, co najmniej poważne wątpliwości, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu,

— złożyli ofertę podlegającą odrzuceniu;

— złożyli ofertę, której cena oraz jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów, zatem Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

2) zaniechania wezwania wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Partner”) do wyjaśnień w zakresie ceny oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1) art. 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia zawartego w załączniku nr 4 do oferty, opisującego potencjał techniczny wykonawcy, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który ustalony został przez Zamawiającego w pkt 2.4 rozdziału XIII SWZ. Zamawiający zobowiązany jest do wezwania Konsorcjum PGO w opisanym trybie ponieważ wskazany w załączniku nr 4 do oferty potencjał techniczny Konsorcjum PGO, zarówno dla części I jak i dla

części II zamówienia, wg publicznie dostępnych informacji, został przez tego wykonawcę przeznaczony do realizacji udzielonego temu wykonawcy zamówienia publicznego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania na „ODBIÓR I

ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2022 ROKU”. W konsekwencji istnieje wysokie

prawdopodobieństwo, graniczące z pewnością, że Konsorcjum PGO nie spełniło warunku udziału określonego w pkt 2.4 rozdziału XIII SWZ, zatem dokonanie wyboru oferty wykonawcy, co do której istnieją tak poważne wątpliwości jest przedwczesne i narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

ewentualnie

2) art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGO z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji stanowi złożenie przez Konsorcjum PGO oświadczenia zawartego w załączniku nr 4 do oferty opisującego potencjał techniczny wykonawcy, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który ustalony został przez Zamawiającego w pkt 2.4 rozdziału XIII SWZ, w sytuacji, gdy ten konkretnie potencjał techniczny Konsorcjum PGO, zarówno dla części I jak i dla części II zamówienia, wg publicznie dostępnych informacji, został przez tego wykonawcę już wykorzystany, bo przeznaczony do realizacji udzielonego temu wykonawcy zamówienia publicznego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania na „ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2022 ROKU”. W konsekwencji oczywistym jest, że Konsorcjum PGO musiało wiedzieć, że nie może użyć wskazanego w załączniku nr 4 do oferty potencjału technicznego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Z tych też przyczyn, a także w obliczu braku wskazania przez Zamawiającego fakultatywnej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w SWZ, konieczne jest stwierdzenie, że oferta Konsorcjum PGO podlegać powinna odrzuceniu. Opisane powyżej działanie Konsorcjum PGO w sposób oczywisty, rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, a działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia tak złożonej oferty ewidentnie narusza ciążący na Zamawiającym obowiązek udzielenia zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 187 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionego, merytorycznego badania i oceny ofert, w tym zwłaszcza przez zaniechanie wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, mimo, że zaofferowana cena oraz jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

4) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 187 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionego, merytorycznego badania i oceny ofert, w tym zwłaszcza poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Partner do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, mimo, że zaofferowana cena oraz jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwanie Konsorcjum PGO do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału z pkt 2.4 rozdziału XIII SWZ;
- 3) wezwanie Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym ceny oferty Konsorcjum PGO jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia,

4) wezwanie wykonawcy Partner do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym ceny oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

ewentualnie:

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum PGO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego - przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum PGO - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego została bowiem sklasyfikowana na trzecim miejscu tzw. listy rankingowej w zakresie Części I i II.

Odwołujący wskazał również, że oferta wykonawcy Partner znajdującego się na drugim miejscu tzw. listy rankingowej w zakresie Części I i II jeszcze nie była badana przez Zamawiającego, ale mając na uwadze zawarte w tej ofercie ceny, wskazać należy, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oferta tego wykonawcy zostanie uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

W konsekwencji powyższego to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że dokonanie wyboru oferty Konsorcjum PGO, w tym postępowaniu wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Wadliwość wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający 4 marca 2022 r. zamieścił na stronie internetowej, gdzie prowadzone jest przedmiotowe Postępowanie, informacje o tym, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, którą jest oferta Konsorcjum PGO.

Odwołujący wskazał, że z powyższą czynnością się nie zgadza, kwestionuje jej prawidłowość i wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego naruszenia przepisów art. 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 2 w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień, ewentualnie naruszenia art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGO, z uwagi na postanowienie pkt 2.4 rozdziału XIII SWZ

Odwołujący zauważył, że w celu wykazania tak określonego warunku udziału, Zamawiający przygotował wzór formularza stanowiący załącznik nr 4 do oferty. Konsorcjum

PGO złożył wypełniony załącznik nr 4 do oferty, zgodnie z którym, oświadczyło, że na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia dysponuje określonym potencjałem

technicznym.

Odwołujący wyjaśnił, że 20 grudnia 2021 r. oferta Konsorcjum PGO została wybrana jako najkorzystniejsza, a następnie Konsorcjum zawarło umowę na „ODBIÓR I

ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2022 ROKU”. Zamówienie to zostało udzielone Konsorcjum PGO m.in. dlatego, że zadeklarowało ono realizację umowy za pomocą pojazdów, które zostały przez Konsorcjum PGO wskazane w załączniku nr 4 do oferty w tym Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Zamawiający nie dokonał oceny oferty Konsorcjum PGO z należytą starannością, tym samym naruszył art. 116 ust. 2 ustawy

Pzp oraz art. 228 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp, bowiem w zaistniałym stanie rzeczy Zamawiający oceniając zdolność techniczną lub zawodową, powinien uznać, że Konsorcjum PGO nie posiada wymaganych zdolności technicznych, w szczególności poprzez zaangażowanie, wyraźnie, konkretnie wskazanych w ofercie Konsorcjum PGO zasobów technicznych w realizację zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka, co oczywiście ma negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia, w postaci braku po stronie Konsorcjum PGO zasobów technicznych zgodnych z warunkami postawionymi w dokumentacji Postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający, co najmniej powinien wezwać Konsorcjum PGO do wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący zaznaczył, że warunki udziału w postępowaniu nie służą formalnej weryfikacji wykonawcy, lecz mają potwierdzać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W przypadku warunku odnoszącego się do dysponowania potencjałem technicznym - tu: pojazdami do realizacji zamówienia, oznacza to, że pojazdy wykazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu muszą posłużyć wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał na pismo Konsorcjum PGO z 16.02.2022 r., gdzie Konsorcjum PGO wyjaśniło: „W odpowiedzi na prośbę o złożenie wyjaśnień w zakresie pkt 8 oferty wskazujemy, że wykonawca nie zamierza powierzać całości zamówienia podwykonawcy, co wprost wynika z przedłożonych przez nas dokumentów. W oświadczeniu składanym na podstawie art. 117 ust. 4 p.z.p. wskazaliśmy, że usługi odbioru odpadów realizować będzie JURANT sp. z o.o. sp. j. z wykorzystaniem taboru samochodowego należącego do PGO Mazowsze sp. z o.o. Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy jedynie część zadania polegającą na prowadzeniu sprawozdawczości. Firma podwykonawcy nie jest jeszcze znana”. Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że Konsorcjum PGO zapewnia Zamawiającego w treści swojej oferty, że za pomocą pojazdów wskazanych w załączniku nr 4 do oferty zrealizuje przedmiot zamówienia, co oczywiście jest niemożliwe w sytuacji, gdy pojazdy te zaangażowane zostały uprzednio do realizacji umowy w Gminie Dąbrówka.

Odwołujący podkreślił, że w tym postępowaniu Zamawiający wykluczył możliwość posługiwania się tymi samymi pojazdami celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na więcej niż jedną część zamówienia, co powoduje, że pojazdy wymagane dla danej części zamówienia są ilością minimalną do realizacji zamówienia i nie istnieje możliwość realizacji różnych części zamówienia tymi samymi pojazdami. W ślad za tym należałoby przyjąć, że również niemożliwe jest wykonanie zamówienia w gminie Wyszków tymi samymi pojazdami, które będą realizowały zamówienie w innej gminie.

Konsorcjum PGO uzyskało zamówienie w gminie Dąbrówka, a co za tym idzie, pojazdy wskazane w ofercie będzie musiało w pierwszej kolejności użyć do obsługi tej własnej gminy. Uwzględniając wielkość gminy Dąbrówka i wymagania, co do częstotliwości odbioru odpadów z tej gminy oraz zestawiając to z wymaganiami niniejszej SWZ oczywistym pozostaje, że ten sam pojazd, zwłaszcza dedykowany do odbioru odpadów zmieszanych, nie będzie mógł odbierać odpadów z obu gmin. Dodać należy, że Konsorcjum PGO do obsługi obu gmin wykorzystuje bazę magazynowo - transportową zlokalizowaną w miejscowości Zielonka (ul. Krzywa 22). Z tej bazy pojazdy odbierające odpady muszą danego dnia dojechać do gminy, a po zakończeniu trasy przejazdu, albo wrócić do tej bazy celem rozładunku, albo dojechać do instalacji, w której rozładunek nastąpi i w zależności od czasu, jaki poświęcony zostanie na te działania, wrócić albo na teren gminy w celu wykonania kursu albo do bazy (pojazdy zgodnie z przepisami prawa na noc muszą być magazynowane na terenie bazy). Biorąc pod uwagę, że odległość pomiędzy bazą wykonawcy a gminą Wyszków to 45 km oraz uwzględniając konieczność rozładunku odpadów we właściwej instalacji nie jest możliwe, by tego samego dnia, ten sam pojazd obsługiwał i gminę Dąbrówka i gminę Wyszków.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej

konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn.

akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: "Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu."

Zamawiający mógł także, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 228 ust. 5 ustawy Pzp uzyskać samodzielnie wiedzę z publicznie dostępnych informacji dotyczących zaangażowania potencjału technicznego wskazanego w załączniku nr 4 do oferty Konsorcjum PGO, bezpośrednio od Gminy Dąbrówka.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę informacjami w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału postawionych - tak jak w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Ponieważ nie jest możliwe, co zostało wykazane powyżej - aby Konsorcjum PGO mogło za pomocą pojazdów wskazanych w załączniku nr 4 do oferty zrealizować jednocześnie dwa zamówienia publiczne - przedmiotowe zamówienie i dla Gminy Dąbrówka, to złożenie Zamawiającemu oświadczenia wskazanego w załączniku nr 4 do oferty - wypełnia znamiona art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zatem oferta Konsorcjum PGO powinna zostać odrzucona. Zaistniały stan faktyczny wykazuje niezbicie, że działanie Konsorcjum PGO było nakierowane na uzyskanie zamówienia za pomocą przedstawienia nieprawdziwych informacji dot. posiadania potencjału odpowiadającego potrzebom tego konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu sytuacji zaangażowania potencjału technicznego Konsorcjum PGO w inne realizowane umowy w tym samym czasie, w którym realizowane ma być przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący przywołał stanowisko Izby wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 148/20 i podkreślił, że Konsorcjum PGO nie ma fizycznych możliwości, aby tymi samymi pojazdami zrealizować oba kontrakty - dla Gminy Dąbrówka i przedmiotowe zamówienie. W tym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że istotą art. 16 ustawy Pzp jest konieczność identycznego traktowania wszystkich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, i podejmowanie wszelkich działań mających na celu zapewnienie jak najszerzej konkurencji na rynku. Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówień publicznych w sposób, który nastawiony jest na sztuczne, nieznajdujące logicznego uzasadnienia, zawężenie konkurencji w postępowaniu lub też obejście przepisów Pzp lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym także tych, dotyczących ochrony konkurencji. Takie decyzje powinny być przemyślane i umotywowane. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w przypadku występowania tak poważnych wątpliwości co do zgodności tej oferty z przepisami ustawy Pzp naruszył zasadę wynikającą z art. 16 ustawy Pzp.

Oferta Konsorcjum PGO zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożono 4 oferty w odniesieniu do 3 Części. Oferta Konsorcjum PGO zawiera cenę:

- a) Część I - Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych SEKTOR I - 2 304 450,00zł
- b) Część II - Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych SEKTOR I - 2 132 082,00zł
- c) Część III - Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych SEKTOR III (tereny wiejskie) - 2 273 616,00 zł.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 4 marca 2022 r. zamieścił na stronie internetowej, gdzie prowadzone jest przedmiotowe Postępowanie, informacje o tym, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, którą jest oferta Konsorcjum PGO. Z powyżej opisaną czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza,

kwestionuje jej prawidłowość i wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego naruszenia przepisów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu oraz ich istotnych części składowych, ponieważ zaoferowana cena, a zwłaszcza jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zachodzą podstawy do wezwania Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co najmniej w odniesieniu do sposobu wyceny przez Konsorcjum cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie frakcji odpadów: papier, szkło, bioodpady, zużyty sprzęt.

Odwołujący wskazał, że

Ceny zaoferowane przez Konsorcjum za te odpady istotnie odbiegają od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Przykładowo w części I:

Wykonawca:	Papier	Szkło	Bioodpady	Zużyty sprzęt
Konsorcjum	300 zł	300 zł	600 zł	300 zł
PGO				
Odwołujący	735 zł	735 zł	735 zł	735 zł
PARTNER	658,80 zł	648 zł	594 zł	1 080,00 zł
D. A.				
MS-EKO Sp. z o.o. oraz EKO-	660 zł	650 zł	690 zł	1 450 zł

MAX

RECYKLING

Sp. z o.o.

Jak wskazał Odwołujący, ceny zaoferowane przez Konsorcjum PGO są w pozycjach odnoszących się do papieru, szkła i zużytego sprzętu elektronicznego co najmniej o połowę niższe niż pozostałych wykonawców.

Odwołujący dodał, że Konsorcjum PGO nie posiada własnej instalacji do zagospodarowywania tych odpadów, a co za tym idzie musi zlecać ich zagospodarowanie podmiotom trzecim, ponosząc z tego tytułu koszty. Są to Instalacje Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa ZGK Ostrów Mazowiecka, ul. Bolesława Prusa 66, Stare Lubiejewo, 07-300 Ostrów Mazowiecka, Ostrołęckie TBS, 07-401 Ostrołęka, ul. Komunalna 8. Ponadto Odwołujący wskazał, że Konsorcjum PGO nie posiada, w odróżnieniu od pozostałych wykonawców, zezwolenia na zbieranie tych odpadów, a co za tym idzie odpady odbierane z gminy Wyszaków Konsorcjum winno wozić bezpośrednio do instalacji, przy czym instalacje, które mogłyby przyjąć tego typu odpady znajdują się w znacznych odległościach od gminy. Nadto, sama baza magazynowo - transportowa wykonawcy znajduje się w odległości ok. 45 km od gminy, co istotnie zwiększa koszty odbioru i transportu odpadów przez tego wykonawcę. Podkreślić należy, że Konsorcjum PGO podobne ceny za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów zaoferowało w gminie Serock w postępowaniu „Odbieranie i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Serock w okresie od dnia 1.01.2022 r. do 31.01.2022 r.” - Numer postępowania OŚRiL.271.2.3.2021, źródło:

Odwołujący wyjaśnił, że Gmina Serock jako zamawiający wezwwała Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, a następnie z uwagi na to, że wyjaśnienia ceny potwierdziły jej rażąco niski charakter - odrzuciła ofertę Konsorcjum PGO - formularz cenowy z gminy Serock i decyzja o odrzuceniu Konsorcjum PGO w załączeniu.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza jego argumentację, z uwagi na analogiczny charakter wyceny cen Konsorcjum PGO w obu przetargach. Odwołujący

wskazał, że wątpliwości budzi również sposób skalkulowania ceny Konsorcjum PGO za

odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych. Konsorcjum PGO nie zaoferowało wprawdzie najniższej ceny w porównaniu do innych wykonawców, jednak cena 800 zł/Mg jest rażąco niska, ponieważ należy uwzględnić, że koszt zagospodarowania tych odpadów w instalacjach komunalnych najbliższej położonych względem gminy sięga 650 zł/Mg netto, a Konsorcjum PGO ma istotnie oddaloną od gminy bazę transportową i nie może zbierać na niej odpadów, w celu ich przeładunku na większe środki transportu, ponieważ nie posiada pozwolenia na zbieranie odpadów, a ewentualne uzyskanie takiego pozwolenia jest obecnie bardzo czasochłonne. Konsorcjum PGO znajduje się w dużo gorszych warunkach rynkowych niż konkurenci, jednak oferuje jedną z najniższych cen za ten zakres.

Zdaniem Odwołującego ceny zawarte w ofercie Konsorcjum PGO nie pozwalają na pokrycie następujących kosztów, które wykonawca ten musi ponieść podczas realizacji zamówienia:

- a) wynagrodzenie za pracę pracowników;
- b) zakup, podstawienie, rozstawienie i oklejenie pojemników;
- c) mycie pojemników;
- d) rozwieszenie lub rozestanie harmonogramów odbioru poszczególnych rodzajów odpadów;
- e) objazdu - w tym, w wyniku braku posiadania stacji przeładunkowej - trasa będzie musiała być pokonana śmieciarką, tj. pojazdem o dużych kosztach spalania.
- f) koszty transportu z bazy transportowej do gminy, trasa po gminie, powrót - na instalację i z instalacji do bazy (koszt za pomocą śmieciarki - wysokie spalanie)
- g) odbiór raz w tygodniu, w sobotę, gdzie w sobotę zgodnie z kodeksem pracy koszt zatrudnienia pracownika to podwójna stawka godzinowa,
- h) koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- i) koszty administracyjne,
- j) koszty ubezpieczenia itp.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Odwołującego nie ma możliwości aby Konsorcjum PGO mogło w ramach zaoferowanych stawek wypracować jakikolwiek zysk. Odwołujący podkreślił, że przy braku możliwości przeładunku odpadów na bazie przeładunkowej na auta typu „podłoga” (tj. auta o dużo większej ładowności - ok. 24 Mg przy zmieszanych odpadach komunalnych) odpady te będą musiały być transportowane standardowymi pojazdami do odbioru odpadów (tzw. śmieciarka - pojemność ok. 9 Mg przy zmieszanych odpadach komunalnych), a więc koszt transportu odpadów diametralnie wzrasta. Odwołujący wskazał, że pojazd typu „podłoga” spala ok. 32 l/100 km, a „śmieciarka” 50 l/100 km. Przy obecnych cenach paliwa powyżej 8 zł/l, biorąc pod uwagę fakt, iż każdą zapełnioną śmieciarką

Wykonawca pojedzie bezpośrednio do Instalacji wzrasta koszt transportu, co przekłada się w znaczny sposób na zaproponowaną rażąco niską cenę w ofercie. Zatem, Wykonawca nie jest w stanie zrealizować rzetelnie usługi.

Odwołujący wskazał, 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. Odwołujący podkreślił, że wskazane wyżej ceny jednostkowe są istotnymi częściami składowymi ceny oferty Konsorcjum PGO - zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1547/17: „Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców”. Ponadto, wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Odwołujący powołał się na utrwaloną linią orzecniczą Izby, zgodnie z którą nie ma znaczenia procentowa ocena ceny oferty wykonawcy, jeśli potwierdzą się obiektywne wątpliwości względem jego ceny ofertowej - wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest wówczas obowiązkiem Zamawiającego, wskazując w tym zakresie stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2017 r., KIO 2258/17. oraz w wyroku z dnia 26 listopada 2015 r., KIO 2483/15 a także w wyroku z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. KIO 1289/20.

W ocenie Odwołującego w tej sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją, że sposób ukształtowania przez Konsorcjum PGO poszczególnych cen jednostkowych (relacja tych cen do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, relacja tych cen do sytuacji rynkowej, w jakiej znajduje się wykonawca oraz kosztów zagospodarowania odpadów w instalacjach wskazanych w ofercie Konsorcjum PGO, zmieniające się koszty wykonania zamówienia związane ze wzrostem inflacji, kosztów paliwa, energii, pracy itd.) winien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co z kolei powinno skutkować wezwaniem Konsorcjum PGO do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika, iż w sytuacji, gdy Zamawiający zażąda od wykonawcy złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wykonawca ma obowiązek wyjaśnić szczegółowo kalkulację oferty wraz z podaniem i uzasadnieniem (udowodnieniem) wszystkich istotnych czynników cenotwórczych, owych szczególnie sprzyjających do wykonawcy okoliczności. Zaniechanie dokonania tej czynności przez

Zamawiającego stanowi naruszenie zarówno art. 224 ut. 1 Pzp, jak i art. 16 Pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

Z punktu widzenia samej Gminy, istotne jest jak Konsorcjum PGO wycenia elementy cenotwórcze, w szczególności, jakie przyjmuje koszty zagospodarowania odpadów, koszty transportu, koszty zatrudnienia pracowników etc. Odwołujący wskazuje, że wykonawcy często powołują się na przychód z odpadów selektywnie zebranych. Tymczasem faktem notoryjnym jest, że niemożliwe jest zbicie odpadów selektywnie zebranych u źródła bez ich uprzedniego przesortowania i doczyszczczenia. Odpady zbierane selektywnie przez mieszkańców nie są bowiem jednorodne. Kwestię tę podkreśliła KIO m.in. w wyroku z dnia 15 września 2017 r. (KIO 1761/17, KIO 1765/17) w sprawie dot. odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”.

Rażąco niska cena w ofercie Wykonawcy Partner.

Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na wyjątkowo sprzyjające okoliczności związane z posiadaniem bazy przeładunkowej w Wyszowie jest w stanie zaoferować stawki jak w jego ofercie oraz własnej instalacji - co ma bezpośredni wpływ na koszty gospodarowania odpadami. Natomiast Wykonawca Partner, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia wg stawek zbliżonych do Odwołującego nie posiada tak sprzyjających warunków realizacji tego zamówienia. Powyższe powoduje, że po stronie Zamawiającego - znającego dobrze warunki i ceny występujące na rynku, a także mającego wiedzę w zakresie opisanym powyżej, powinna pojawić się wątpliwość co do prawidłowości i realności stawek zaoferowanych przez Wykonawcę Partner.

Odwołujący wskazał, że w pozostałym zakresie, aby nie powtarzać argumentacji Odwołujący przywołuje argumentację użytą w stosunku do ceny oferty wykonawcy Konsorcjum PGO.

18 marca 2022 r. zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PGO Mazowsze spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Jurant spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Zielonce (dalej: „Przystępujący Konsorcjum PGO”),

oraz

- 2) wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” Partner).

Pismem z 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron i uczestników złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ ubiega się o to zamówienie publiczne.

Izba uznała, że przystąpienia zgłoszone przez Przystępującego Konsorcjum PGO oraz przez Przystępującego Partner zostały dokonane skutecznie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ w brzmieniu po modyfikacjach, Izba ustaliła, że wraz z ofertą dla wszystkich trzech części wykonawcy mieli złożyć wypełniony formularz JEDZ,

dokumenty wymagane w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym Załącznik nr 4 - Potencjał techniczny, a także dowód wniesienia wadium (vide: Rozdział XIV. Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.).

Następnie, na podstawie załącznika nr 2 do SWZ, tj. wzoru umowy ustalono, że zgodnie z treścią §3 ust. 2: „Wykonawca zobowiązany jest do opracowania harmonogramów odbiorów odpadów (forma papierowa i elektroniczna - w formacie Word, Excel, pdf) oraz uzyskania akceptacji Zamawiającego w możliwie najkrótszym terminie na warunkach określonych w swz.”, ust. 7: „Zamawiający i Wykonawca wspólnie odpowiadają za informowanie mieszkańców o zasadach i terminach odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu Wykonawca sporządza harmonogramy odbioru, które Zamawiający będzie akceptował i publikował na stronie internetowej Urzędu Miejskiego. Po akceptacji Zamawiającego Wykonawca zobowiązany będzie do wydrukowania w/w. harmonogramu w ilości co najmniej 1 700 sztuk oraz przekazania go właścicielom nieruchomości. Wykonawca przekaze Zamawiającemu elektroniczną wersję harmonogramu w celu zamieszczenia go na stronie internetowej.” §4 ust. 2: „Zamawiający zobowiązany jest do współpracy i uzgodnień podczas wykonywania przez Wykonawcę Harmonogramu odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy Wyszaków.”, ust. 3: „Zamawiający zobowiązany jest do informowania wspólnie z Wykonawcą mieszkańców o zasadach i terminach odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu Wykonawca będzie sporządzać harmonogramy odbioru, które Zamawiający będzie po akceptacji publikował na stronie internetowej Urzędu Miejskiego, a Wykonawca w formie wydruków, będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości przed pierwszym odbiorem odpadów.” oraz §6 ust. 8: „Terminowość i prawidłowość wykonania usług będzie oceniana przez Zamawiającego w oparciu o harmonogram realizacji usług przedstawiony Zamawiającemu przez Wykonawcę, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale § 3 swz.”

Podobnie, z treści opisu przedmiotu zamówienia pkt 2.3. do 2.9. wynika, co następuje:

„2.3 Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Wyszaków.

2.4 Projekt harmonogramu obejmujący okres od 1 kwietnia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. powinien zostać opracowany i przedłożony Zamawiającemu w terminie 2 tygodni od daty podpisania umowy.

2.5 Harmonogram powinien być sporządzony tak aby:

a. odbiór odpadów w danej miejscowości powinien przypadać w ten sam dzień tygodnia z zastosowaniem przemienności zmieszane - segregacja - zmieszane - segregacja w trybie tygodniowym np. 02.08 - odpady zmieszane, 09.08 - odpady segregowane, 16.08 - odpady

zmieszane, 23.08 - odpady segregowane, 30.08 - odpady zmieszane, 06.09 - odpady segregowane,

b. odbiór odpadów wielogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz szkła przypadających w tym samym dniu tygodnia.

2.6 Wykonawca jest zobowiązany przygotować oddzielny harmonogram dla każdego sektora, w którym będzie realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zamawiający dopuszcza prowadzenie odbioru w tym samym dniu dla obu sektorów na terenie miasta Wyszaków.

2.7 Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu harmonogramu oraz umieszczenia harmonogramu ustalonego z Zamawiającym na swojej stronie internetowej (o ile ją posiada) i eksponowania go przez cały okres, na który został przygotowany. Harmonogram zostanie zamieszczony również na stronie Zamawiającego.

2.8 Harmonogram co do treści i formy wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. Zamawiający zaakceptuje harmonogram lub przedstawi uwagi w terminie 7 dni od daty jego otrzymania. Wykonawca w terminie 7 dni od powzięcia informacji od Zamawiającego wprowadzi uwagi Zamawiającego.

2.9 Zamawiający i Wykonawca wspólnie odpowiadają za informowanie mieszkańców o zasadach i terminach odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. Wykonawca w formie wydruków, będzie zobowiązany przekazywać właścicielom nieruchomości harmonogram odbioru odpadów (druk i kolportaż informacji na koszt Wykonawcy). Zamawiający zastrzega sobie prawo do prowadzenia kampanii informacyjnej jedynie przez stronę internetową."

Jak natomiast wynika z §10 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy „Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić również, jeżeli Wykonawca odbiera odpady od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w czasie obsługi Zamawiającego oraz przy użyciu tego samego sprzętu”.

Wraz z ofertą Przystępujący Konsorcjum PGO złożył wypełniony załącznik nr 4 - Potencjał techniczny. Termin składania i otwarcia ofert upływał 21 grudnia 2022 r.

Stan faktyczny co do zaoferowanych cen został w treści odwołania przywołany prawidłowo i nie będzie powtarzany.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.
art. 116 ust. 2

Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

art. 128 ust. 4 i 5

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub 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, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

art. 187

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.

art. 224 ust. 1

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

art. 226 ust. 1 pkt 7

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
art. 239

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołanie podlegało oddaleniu z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 2 ustawy

Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz

ewentualnego zarzutu naruszenia art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7

ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut pierwszy dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego Konsorcjum PGO

do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp został oddalony, co spowodowało konieczność rozpoznania przez Izbę zarzutu ewentualnego, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum PGO, który również został oddalony. W ocenie Izby zarzuty te nie zostały przez Odwołującego wykazane.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego podczas rozprawy (vide: str. 6 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 7 kwietnia 2022 r.), Zamawiający nie poczynił w dokumentacji postępowania zastrzeżenia, że pojazdy, za pomocą których odbywać się będzie odbiór odpadów nie mogą być wykorzystywane do realizacji innych zamówień. Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego podczas rozprawy §10 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy „Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić również, jeżeli Wykonawca odbiera odpady od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w czasie obsługi Zamawiającego oraz przy użyciu tego samego sprzętu”, zatem możliwość odstąpienia od umowy aktualizuje się w sytuacji gdyby wykonawca w tym samym czasie, w jakim obsługuje Zamawiającego obsługiwał inny podmiot przy użyciu tego samego sprzętu. Ponadto, jak wynika wprost z postępowania, obowiązek sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów spoczywa w tym postępowaniu na wykonawcy. Harmonogram dla gminy Dąbrowka już został ustalony, co wynika z Dowodu nr 2 złożonego przez Przystępującego Konsorcjum PGO. Odwołujący w treści odwołania nie wykazał natomiast że dostosowanie harmonogramów, aby możliwa była realizacja zamówienia przy pomocy potencjalnie tego samego taboru nie może mieć miejsca, twierdzenia wskazane w pkt 11 str. 8 uzasadnienia odwołania Izba uznała za gołosłowne. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazanego w pkt 10 str. 7 uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący z zastrzeżenia SWZ tj. „Uwaga! Jeżeli Wykonawca składa ofertę ma więcej niż jedną część, to Zamawiający nie dopuszcza wykazania tej samej jednostki sprzętowej w więcej niż jednej części zamówienia” wywodzi, że nie możliwe jest wykonanie zamówienia w tym postępowaniu tymi samymi pojazdami, które będą realizowały zamówienie w innej gminie Izba wskazuje, że postanowienia SWZ interpretować należy z uwzględnieniem ich literalnego brzmienia i nie jest zasadnym z jednego ograniczenia wywodzić kolejnego, jeśli wprost nie zostało ono w treści SWZ wyartykułowane. Taka interpretacja postanowień SWZ była by interpretacją dowolną.

Zarzut ewentualny również się nie potwierdził, po pierwsze jak zostało omówione wyżej w postępowaniu nie został sformułowany zakaz wykonania tego zamówienia przy użyciu taboru skierowanego również do realizacji innego zamówienia, pod warunkiem, że nie

będzie się to odbywać w czasie gdy zgodnie z harmonogramem wykonawca ma obowiązek świadczyć usługę na rzecz Zamawiającego. Ponadto jak wynika z chronologii zdarzeń 17.12.2021 r. Przystępujący Konsorcjum PGO złożył w gminie Dąbrówka wykaz narzędzi, informacja o wyborze oferty Przystępującego Konsorcjum PGO miała miejsce 20.12.2021 r. Natomiast w tym postępowaniu otwarcie ofert miało miejsce 20.12.2021 r., zatem składając ofertę w tym postępowaniu, Przystępujący Konsorcjum PGO nie miał jeszcze zawartej umowy z gminą Dąbrówka, co nastąpiło dopiero 21 marca 2022 r. (vide: dowód nr 1 złożony przez Przystępującego Konsorcjum PGO).

Ad zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 187 w związku z art. 16

ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Przystępującego Konsorcjum PGO.

W ocenie Izby Odwołujący nie zdołał wykazać, że cena powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. Trzeba zauważyć, że chodzi tu o przekonanie zamawiającego. Izba podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym taka ocena powinna być dokonana z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w tym realiów rynkowych i sytuacji danego wykonawcy. W tym miejscu przypomnieć należy, że Izba orzeka w granicy zarzutu, na treść którego oprócz wskazania podstawy prawnej składa się też przytoczenie okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne. Zarzucając Zamawiającemu, że powinien był on powziąć wątpliwości co do ceny, Odwołujący powinien te okoliczności wykazać i uzasadnić. W ocenie Izby w tym zakresie Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodu. Odnosząc się do argumentacji z pkt 22 uzasadnienia odwołania, Izba wskazuje, że Odwołujący kalkulując cenę oferty uczynił to w taki sposób, że uśrednił wartość za każdy rodzaj odpadów w, natomiast Przystępujący Konsorcjum PGO zróżnicował cenę w zależności od frakcji odpadów. To sprawia, że ofertę Odwołującego ciężko jest porównać z pozostałymi ofertami. Rzeczywiście porównując ceny zaoferowane za szkło, papier i zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny widoczna jest na pierwszy rzut oka różnica w cenach. Jednak w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zamówienia za te ceny jednostkowe. Argumentacja zaprezentowana w pkt 24 i 25 jest ogólna. W pkt 24 Odwołujący wskazał na brak przez Przystępującego Konsorcjum PGO własnej instalacji i konieczność ponoszenia kosztów zagospodarowania odpadów przez podmioty trzecie ale nie wskazał chociażby potencjalnej wysokości tych kosztów z uwzględnieniem sytuacji Przystępującego Konsorcjum PGO. Podobnie Odwołujący nie doprecyzował argumentacji wskazanej w pkt 25 uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący wskazał na konieczność pokonywania „znaczących odległości” do instalacji. Nie jest też jasne co oznacza „istotne zwiększenie kosztów odbioru i transportu”, o którym mowa w pkt 26. Odnosząc się do argumentacji w pkt 27 i 28 Izba wskazuje, że to iż inny zamawiający w innym postępowaniu powziął wątpliwości co do ceny oferty nie musi automatycznie przesądzać, że Zamawiający w tym postępowaniu też takie wątpliwości powinien mieć. Odnótować należy, że każde zamówienie rządzi się swoimi zasadami i każdy przedmiot zamówienia ma swoją specyfikę a Odwołujący nie wykazał aby zasady w obu postępowaniach były tak sformułowane aby postępowania te były porównywalne. Argumentacja z pkt 31 uzasadnienia odwołania nie została poparta żadnym dowodem, jest to więc gołosłowne twierdzenie Odwołującego. Izba nie podważa, że zakwestionowane przez Odwołującego pozycje dotyczące szkła, papieru, zużytego sprzętu są istotnymi częściami składowymi ale jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał za pomocą dowodów, które złożył aby wątpliwym było wykonanie zamówienia przez Przystępującego Konsorcjum PGO za zaoferowaną cenę. Nie jest takim dowodem kalkulacja własna Odwołującego (vide: Dowód nr 5), która została wykonana w oderwaniu od sytuacji Przystępującego Konsorcjum oraz z zastosowaniem innej metodologii prezentacji części składowych ceny, gdzie została wskazana średnia cena kosztu zagospodarowania odpadów selektywnych ogółem na poziomie 350 zł. Zatem dowód nie koresponduje w ocenie Izby z zarzutem i ze sposobem prezentacji ceny w treści oferty.

Ad zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 187 w związku z art. 16

ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Przystępującego Partner.

Zarzut podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony i niewykazany. Uzasadnienie zarzutu zawarte w treści odwołania jest szczątkowe. W pkt 41 uzasadnienia Odwołujący powołał się odpowiednio na argumentację zaprezentowaną na potrzeby uzasadnienia analogicznego zarzutu sformułowanego pod adresem Przystępującego Konsorcjum PGO, natomiast na rozprawie na prośbę Izby doprecyzował które konkretne fragmenty tego uzasadnienia należy odnieść do Przystępującego Partner, jednak w ocenie Izby powinno to być zostać wskazane już w treści odwołania. Ponadto zauważyć należy, że stanowisko zaprezentowane

w punktacji wskazanej przez Odwołującego donosi się przede wszystkim do oferty Przystępującego Konsorcjum PGO a nie Przystępującego Partner. Nie jest natomiast rolą Izby domyslanie się treści zarzutu. To Odwołujący ma precyzyjnie wskazać okoliczności faktyczne, z których wywodzi skutki prawne, a Izba ma to ocenić. W przypadku omawianego zarzutu argumentacja wskazana przez Odwołującego jest szczątkowa, a złożone odwoły, w tym dowód nr 6 tj. kalkulacja własna Odwołującego donosząca się do oferty Przystępującego Partner, nieprzekonująca. Kalkulacja ta została wykonana w oderwaniu od sytuacji Przystępującego Partner oraz z zastosowaniem innej metodologii prezentacji części składowych ceny i z tego względu nie może przedstawiać dla Izby wartości dowodowej.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

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. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: