

Sygn. akt: KIO 208/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2024 r. przez wykonawcę PROWASTE sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”), przy udziale:

1) uczestnika po stronie Odwołującego -

wykonawcy B. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: B. D. Zakład Oczyszczania „BiM D.” z siedzibą w Żurawicy,

2) uczestnika po stronie Zamawiającego -

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 208/24

Uzasadnienie

Skarb Państwa - 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający” lub „34 WOG”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wywóz stałych odpadów komunalnych oraz umożliwienie ich segregacji wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych kompleksów w pojemniki do składowania odpadów komunalnych i odpadów segregowanych z kompleksów wojskowych funkcjonujących na terenie działania 34. WOG Rzeszów (Zamówienie z podziałem na 14 zadań)” (Nr referencyjny: ZP/6/2024, dalej: „Postępowanie”).

Opłnienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 200-629065.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

20 stycznia 2024 r. wykonawca PROWASTE sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu (dalej: „Odwołujący” lub „PROWASTE”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, polegających na:

1) wyborze w dniu 10 stycznia 2024 r. oferty

złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej (dalej: „Konsorcjum FCC”) jako najkorzystniejszej w 3 części zamówienia (Zadanie nr 3), pomimo iż wykonawca ten nie spełniał warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.5 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”);

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez

Konsorcjum FCC, pomimo iż wykonawca ten nie spełniał warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.5 SWZ; względnie (jako zarzut ewentualny):

zaniechaniu wezwania Konsorcjum FCC, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, bądź innym, przez Zamawiającego uznanym za właściwy, do przedstawienia Załącznika nr

6 do SWZ (Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) lub przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.5 SWZ przez obu członków Konsorcjum FCC oraz do poprawy formularzy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD) w wyżej wymienionym zakresie.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy oraz z Rozdziałem X pkt 1 ppkt 1.5 SWZ w zakresie, w jakim zakłada powierzenie realizacji zamówienia „odbioru i transportu do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych” podmiotowi nie posiadającemu stosownego wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – na terenie gminy właściwej dla miejsca wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że w sposób realny spełnia warunki udziału w Postępowaniu odnoszące się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że tę część zamówienia w zakresie „odbioru i transportu do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych”, do realizacji której wymagany jest wpis do rejestru działalności regulowanej będzie realizował ten z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który wymagany wpis posiada;

ewentualnie:

3) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FCC do przedstawienia poprawnego Załącznika nr 6 do SWZ (Oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) lub przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.5 SWZ przez obu członków konsorcjum.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FCC;
- 2) odrzuceniu oferty Konsorcjum FCC;

A z ostrożności, w przypadku nie podzielenia argumentacji wskazanej w pkt II i III uzasadnienia niniejszego odwołania, wyłącznie jako wniosek ewentualny, o:

3) powtórzenie czynności oceny ofert, po wezwaniu wyżej wymienionego wykonawcy do przedłożenia poprawnie wypełnionego Załącznika nr 6 do SWZ (Oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) lub przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.5 SWZ przez obu członków konsorcjum.

W uzasadnieniu odwołania PROWASTE podniósł, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FCC w zakresie części nr 3. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią oferty i Załącznika nr 6 do SWZ – dokumentów złożonych przez wyżej wymienionego wykonawcę, zamówienie w zakresie odbioru odpadów wykonywać będzie podmiot nieposiadający stosownych uprawnień do prowadzenia działalności regulowanej. Przedstawione do oferty zaświadczenia dotyczyły bowiem wyłącznie Członka Konsorcjum FCC.

PROWASTE zaznaczył, że w treści Załącznika nr 6 do SWZ wyraźnie wskazano, iż usługę polegającą na „odbiorze i transporcie do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych” wykonywać będą obaj członkowie Konsorcjum FCC. Zdaniem Odwołującego na powyższy sposób realizacji usługi wskazuje nie tylko literalna treść dołączonej do Załącznika nr 6 do SWZ tabeli, lecz także wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, w których Konsorcjum FCC podkreśliło, iż „z racji charakteru wykonywanych usług wykonawca ma możliwość wykorzystania wyjątkowo sprężających okoliczności realizacji usługi, ponieważ zna teren na jakim ma być realizowana usługa – realizuje tam inne kontrakty, co wiąże się ze zmniejszeniem kosztów transportu i logistyki oraz możliwością dostosowania się do wymaganej częstotliwości obsługi. Baza wykonawcy zlokalizowana jest w m. Przemysł tj. ul. Leszczyńskiego 21, 37-700 Przemysł co w

konsekwencji daje możliwość szybkiego czasu reakcji – 12,3 km do m. Siedliska. Atutem wykonawcy jest fakt, iż należy do grupy FCC, która posiada trzy instalacje do przetwarzania odpadów na terenie południowej Polski”. PROWASTE zaznaczył, że do rzeczonych wyjaśnień dołączono umowy o pracę dla kierowców i ładowaczy zatrudnionych w wyżej

wymienionej spółce – nie zaś w firmie konsorcjanta. Kolejno Odwołujący podniósł, że Lider Konsorcjum FCC nie posiada jednak stosownego wpisu do rejestru działalności regulowanej – ani na terenie Gminy Medyka, ani w mieście Przemyśl. W przedstawionych przez Konsorcjum FCC dokumentach podmiotowych brak jest bowiem stosownych zaświadczeń, a w treści rejestrów, dostępnych choćby na stronie

medyka/rejestry-wykazy nie widnieje nazwa Lidera Konsorcjum FCC. Odwołujący podkreślił, że potwierdził to zresztą sam wykonawca wskazując, że po stronie Członka Konsorcjum FCC leży „zapewnienie niezbędnych dokumentów (licencji, pozwoleń itd.)”. PROWASTE zaznaczył, że rozwiązanie takie jest jednak niedopuszczalne, gdyż każde zezwolenie/licencja/koncesja/wpis ma charakter indywidualny i dotyczy jednego, wskazanego w nim podmiotu. Nie można się nim „dzielić” w sposób zaprezentowany przez oferenta, tj. w ten sposób, że jeden podmiot posiada uprawnienia, drugi wykonuje zadanie.

Odwołujący podniósł, że bezspornym jest zatem, iż Lider Konsorcjum FCC nie posiada, a przynajmniej, że nie wykazał, by posiadał wymaganych uprawnień. Było to jednak konieczne, albowiem w treści Załącznika nr 6 do SWZ wyraźnie zadeklarowano, że obie firmy wykonywać będą usługę wywozu odpadów. PROWASTE podkreślił przy tym, iż warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jednak tylko wówczas, jeżeli jednocześnie zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie usługę polegającą na odbiorze odpadów wykonywać ma także spółka. Powinna legitymować się zatem wpisem do działalności regulowanej. Brak takiego wpisu świadczy o wadliwości złożonej oferty.

W ocenie Odwołującego powyższe nie podlega konwalidacji – po pierwsze, dlatego, że określony w treści Załącznika nr 6 do SWZ opis sposobu realizacji usługi stanowi element oferty, wskazujący na deklarowany sposób realizacji zamówienia, za oferowaną cenę i w określonym w ofercie terminie. Po wtóre, dlatego, że zamówienie ma charakter jednorodny – nie można z jego zakresu wyodrębnić, nawet po (hipotetycznej) korekcie treści Załącznika nr 6 do SWZ, żadnych prac możliwych do realizacji bez stosownych uprawnień. Podział taki miałby charakter sztuczny, a udział danego członka konsorcjum w realizacji zamówienia iluzoryczny.

Odnosząc się do treści i charakteru samego Załącznika nr 6 do SWZ i planowanego podziału prac pomiędzy firmami, Odwołujący podkreślił jego związek z ofertą i wskazaną w niej ceną usługi, skalkulowaną w oparciu o prace wykonywane przez Lidera Konsorcjum FCC – o jego pracowników, bazy magazynowe i zaangażowanie. Zdaniem PROWASTE wyeliminowanie deklarowanego obecnie przez Lidera Konsorcjum FCC zakresu prac zmieni istotnie treść oferty (w której obie firmy wykonują usługę) i podważy istotne złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaznaczył, że jakkolwiek spotkać się można ze stanowiskiem, iż oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest podmiotowym środkiem dowodowym, wymaganym do złożenia wraz z ofertą i podlega ono

uzupełnieniu/poprawie w procedurze z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, to jednak w tym przypadku regulacje te nie będą mieć zastosowania. Wyeliminowanie spornych zapisów z treści Załącznika nr 6 do SWZ zdyskredytuje w całości uznane przez Zamawiającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i doprowadzi do konieczności odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. Tym samym w ocenie PROWASTE korekta treści Załącznika nr 6 do SWZ oraz, w konsekwencji, zezwolenie na ponowne złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, doprowadzi do niedopuszczalnej negocjacji treści oferty pomiędzy Konsorcjum FCC a 34 WOG.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący podkreślił, że stoi na stanowisku, iż oferta Konsorcjum FCC powinna zostać odrzucona. PROWASTE zaznaczył, że jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej złożył wniosek ewentualny o wezwanie Konsorcjum FCC do uzupełnienia lub poprawienia oferty poprzez przedstawienie nowego Załącznika nr 6 do SWZ, który wskazywać będzie nowy podział obowiązków pomiędzy stronami, względnie, o przedstawienie dowodów potwierdzających posiadanie przez Lidera Konsorcjum FCC wymaganych uprawnień. W ocenie Odwołującego wybór pierwszego wariantu wiązać się będzie jednak z koniecznością rekalkulacji ceny i weryfikacji złożonych wyjaśnień co do jej poprawności – zakładała ona bowiem realizację prac przez obu członków konsorcjum.

W złożonej pismem z dnia 6 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając szczegółowe stanowisko w przedmiotowej sprawie.

W piśmie z dnia 7 stycznia 2024 r. wykonawca B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: B. D. Zakład Oczyszczania „BiM D.” z siedzibą w Żurawicy wniosła o uwzględnienie odwołania w całości.

W piśmie z dnia 7 stycznia 2024 r. Konsorcjum FCC wniosło o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których

stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosili: wykonawca B. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: B. D. Zakład Oczyszczania „BiM D.” z siedzibą w Żurawicy (dalej: „Przystępujący 1” lub „B. D.”) – po stronie Odwoływającego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz M. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej (dalej: „Przystępujący 2”) – po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem IV ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wywóz stałych odpadów komunalnych oraz umożliwienie ich segregacji wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych kompleksów wojskowych funkcjonujących na terenie 34 WOG w pojemniki do składowania odpadów komunalnych i odpadów segregowanych.

Przedmiot zamówienia podzielony został na 14 części. Przedmiot zamówienia dla części nr 3 zamówienia (Wywóz odpadów z m. Przemysł i Siedliska) obejmuje „usługę wywozu stałych odpadów komunalnych wraz z umożliwieniem ich segregacji z kompleksów wojskowych zlokalizowanych w rejonie m. Przemysł i Siedliska wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych w załączniku nr 5 (Opis Przedmiotu Zamówienia) kompleksów

w pojemniki do składowania odpadów komunalnych i segregowanych” (Rozdział IV ust. 2 pkt 3 SWZ).

W myśl postanowień Rozdziału X ust. 1 pkt 1.5 SWZ:

„O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...)

1.5 Spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów – warunek w powyższym zakresie zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych – Wykonawca musi posiadać stosowny wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – na terenie gminy właściwej dla miejsca wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia.

UWAGA I:

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum, spółka cywilna), wystarczającym jest, aby dokumenty, o których mowa w ust. 1.5 złożone zostały przez jednego z partnera konsorcjum/wspólnika spółki cywilnej, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

UWAGA II:

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 6 do SWZ”.

Stosownie do brzmienia postanowienia Rozdziału XI ust. 6 SWZ:

„Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

- aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – na terenie gminy właściwej dla miejsca wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia (forma dokumentu oryginał bądź kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy)”.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVI ust. 11 i ust. 12 pkt 1 ustawy Pzp:

„11. Oferta powinna zawierać następujące dokumenty w postaci elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, przez osoby upoważnione:

1) formularz ofertowy, zawierający wszystkie informacje zawarte we wzorze

stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ;

2) formularz kalkulacji ceny ofertowej - Załącznik nr 1A i/lub Załącznik nr 1B i/lub

Załącznik nr 1C i/lub Załącznik nr 1D i/lub Załącznik nr 1E i/lub Załącznik nr 1F i/lub Załącznik nr 1G i/lub Załącznik nr 1H i/lub Załącznik nr 1I i/lub Załącznik nr 1J i/lub Załącznik nr 1K i/lub Załącznik nr 1L i/lub Załącznik nr 1M i/lub Załącznik nr 1N (w zależności od części zamówienia, o udzielenie której Wykonawca się ubiega);

Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty wypełniając każdą pozycję formularza (obowiązek wycenienia każdej pozycji).

12. Wraz z ofertą Wykonawca winien złożyć:

- 1) oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, o ile dotyczy, zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6 SWZ".

Zamawiający w ramach przygotowanych przez siebie wzorów załączników do SWZ udostępnił Załącznik nr 6 do SWZ pn. „Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, który ma następujące brzmienie:

OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

W związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wywóz stałych odpadów komunalnych oraz umożliwienie ich segregacji wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych kompleksów w pojemniki do składowania odpadów komunalnych i odpadów segregowanych z kompleksów wojskowych funkcjonujących na terenie działania 34. WOG Rzeszów. (Zamówienie z podziałem na 14 zadań)

prowadzonego przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie prowadzonego przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie niniejszym oświadczam, że poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonają następujące usługi:

L.p.	Nazwa i adres Wykonawcy	Zakres wykonywanych usług
1.		
2.		

UWAGA: Należy dostosować ilość wierszy do ilości Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ramach przedmiotowego Postępowania Konsorcjum FCC złożyło ofertę – Załącznik nr 1 do SWZ, zgodnie ze wzorem udostępnionym przez 34 WOG, na następujące części zamówienia: 1-5, 8, 12-13, do której dołączył wypełniony Załącznik nr 6 do SWZ.

W przedłożonym „Oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”, którego wzór stanowi Załącznik nr 6 do SWZ, Przystępujący 2 wskazał, co następuje:

OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

W związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wywóz stałych odpadów komunalnych oraz umożliwienie ich segregacji wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych kompleksów w pojemniki do składowania odpadów komunalnych i odpadów segregowanych z kompleksów wojskowych funkcjonujących na terenie działania 34. WOG Rzeszów. (Zamówienie z podziałem na 14 zadań)

prowadzonego przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie prowadzonego przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie niniejszym oświadczam, że poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonają następujące usługi:

L.p.	Nazwa i adres Wykonawcy	Zakres wykonywanych usług

1.	FCC Tamobrzeg Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) ul. Strefowa 8 39-400 Tamobrzeg	<ul style="list-style-type: none"> a) koordynacja robót związanych z realizacją zamówienia; b) rozliczenia pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum; c) obsługa administracyjna zamówienia; d) odbiór i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych; e) zapewnienie pojemników do realizacji zamówienia; f) zapewnienie realizacji usługi w zakresie operacyjno-logistycznym; g) zapewnienie specjalistycznej wiedzy operacyjnej i doświadczenia w realizacji zamówienia publicznego; h) kontrola i audyty wewnętrzne sposobu wykonywanej usługi przez Wykonawcę; i) inne czynności, które okażą się niezbędne do wykonania przedsięwzięcia związane z przypisanym zakresem robót oraz obowiązki wynikające z Umowy Konsorcjum.
2.	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. (członek konsorcjum) Wola Jachowa 94A, 26-008 Górnó	<ul style="list-style-type: none"> a) odbiór i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych; b) transport i podstawienie pojemników do obsługi poszczególnych obiektów; c) logistyka, w tym zapewnienie odpowiedniej liczby pojazdów do należytej realizacji usługi; d) zapewnienie niezbędnych dokumentów (licencji, pozwoleń itd.) oraz inne czynności, które okażą się niezbędne do wykonania przedsięwzięcia związane z przypisanym zakresem robót oraz obowiązki wynikające z Umowy Konsorcjum.

UWAGA: Należy dostosować ilość wierszy do ilości Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum FCC przedłożyło wpisy do rejestru działalności regulowanej: zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Przemyśla z dnia 4 maja 2022 r. oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Medyka z dnia 7 listopada 2023 r. Wyżej wymienione dokumenty zostały wydane dla Członka Konsorcjum FCC – M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej (dalej: „M. O.” lub „Partner Konsorcjum FCC”).

Zgodnie z § 1 ust. 1-2 Umowy konsorcjum z dnia 30 października 2023 r. (dalej: „Umowa konsorcjum”):

„1. Partnerzy Konsorcjum zawierają między sobą umowę konsorcjum w celu

współdziałania dla pozyskiwania zamówień, wspólnego składania ofert, prowadzenia negocjacji i wspólnego realizowania pozyskanych kontraktów w oparciu o system podziału rzeczowego prac objętych kontraktem, dla osiągnięcia optymalnych warunków technologicznych, technicznych, finansowych oraz organizacyjnych przy realizacji przedsięwzięcia pod nazwą:

„Wywóz stałych odpadów komunalnych oraz umożliwienie ich segregacji wraz z wyposażeniem wszystkich wskazanych kompleksów w pojemniki do składowania odpadów

komunalnych i odpadów segregowanych z kompleksów wojskowych funkcjonujących na terenie działania 34. WOG Rzeszów.

(Zamówienie z podziałem na 14 zadań)" Znak sprawy: ZP/6/2024

2. Szczegółowy podział zadań między Partnerami oraz wzajemne rozliczenia, na każdym etapie realizacji przedsięwzięcia, określi odrębnie zawarta umowa realizacyjna, przy czym Partnerzy zastrzegają, że w zakresie w jakim w Przedsięwzięciu Partnerzy wykazywać będą spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, a także wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, poprzez jednego z Partnerów, Partner, który wykazał spełnienie warunku będzie zgodnie z umową realizacyjną, odpowiedzialny za realizację części Przedsięwzięcia z tym warunkiem związanej.

W myśl § 2 ust. 1 lit. p) i q) Umowy konsorcjum obowiązki Lidera Konsorcjum, na etapie realizacji umowy zawartej z Zamawiającym na realizację Przedsięwzięcia, obejmują: „p) odbiór i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych, q) zapewnienie pojemników do realizacji zamówienia”.

Stosownie do § 3 ust. 3 lit. g) i h) Umowy konsorcjum „Do obowiązków Uczestnika Konsorcjum należy: (...), g) odbiór i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych, h) transport i podstawienie pojemników do obsługi poszczególnych obiektów”.

Pismem z dnia 4 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w zakresie części nr 3 o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu

zgodnie z przepisami ustawy”.

Stosownie do art. 117 ust. 2 ustawy Pzp „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”.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi:

„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 3 i pkt 5 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: (...) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (...); 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania koniecznym jest zaznaczenie, że argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania opiera się na tezie, zgodnie z którą skoro dołączony do oferty Załącznik nr 6 do SWZ – „Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” został wypełniony w ten sposób, że w komunie pn. „Zakres wykonywanych usług” zarówno w odniesieniu do Lidera Konsorcjum FCC – FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. (dalej: „FCC Tarnobrzeg”) jak i Członka Konsorcjum FCC – M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej wpisano „odbiór i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych” to znaczy, że w części nr 3 zamówienia, której dotyczy odwołanie, obaj wyżej wymienieni wykonawcy będą realizować usługi, do których realizacji wymagane są uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym – w ocenie Odwołującego – w niniejszej sprawie obaj członkowie Konsorcjum FCC powinni posiadać zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych –

aktualny wpisu do rejestru działalności regulowanej o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – na terenie gminy właściwej dla miejsca wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia. Tymczasem dokumenty przedłożone w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych: zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Przemyśla oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru

działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Mędyka zostały wydane dla Członka Konsorcjum FCC – M. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O. z siedzibą w Woli Jachowej. Zdaniem PROWASTE również Lider Konsorcjum FCC powinien legitymować się stosownym wpisem do rejestru działalności regulowanej, a jego brak świadczy o wadliwości złożonej oferty. Odwołujący podkreślił, że zgodnie bowiem z treścią Załącznika nr 6 do SWZ zamówienie w zakresie odbioru odpadów wykonywać będzie podmiot nieposiadający wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności regulowanej. Mając na względzie przedstawioną argumentację Odwołujący uznał, że oferta złożona przez Przystępującego 2 podlega odrzuceniu z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w Postępowaniu, jest niezgodna z przepisami ustawy, a ponadto jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum FCC, mimo że nie wykazało ono, iż tę część zamówienia w zakresie „odbioru i transportu do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych”, do realizacji której wymagany jest wpis do rejestru działalności regulowanej będzie realizował ten z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, który wymagany wpis posiada. Wymaga podkreślenia, że w niniejszej sprawie faktem bezspornym jest, że M. O. – Partner Konsorcjum FCC posiada stosowne wpisy do rejestru działalności regulowanej, co jest wystarczające do wykazania spełnienia przez Przystępującego 2 warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 pkt 1.5 SWZ. Zgodnie bowiem z UWAGĄ I zawartą w wyżej wymienionym postanowieniu w przypadku oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczającym jest, aby odpowiednio wpisy do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zostały złożone przez jednego partnera konsorcjum, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu i zrealizuje usługi, co których

realizacji te uprawnienia są wymagane. Koniecznym jest zaznaczenie, że wskazane postanowienie SWZ w zakresie opisanego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w Postępowaniu oraz koreluje z przepisem art. 117 ust. 2 ustawy Pzp. Z przywołanego przepisu wynika bowiem, że nie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia wymagane przez zamawiającego, musi je jednak posiadać ten z nich, który będzie realizował zakres wymagający posiadania uprawnień. Urzeczywistnienie tego wymogu na etapie postępowania może nastąpić przez doprecyzowanie, na podstawie art. 58 ust. 4 ustawy Pzp, sposobu realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak: J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 117 ustawy Pzp). W okolicznościach rozpoznawanej sprawy znamienym jest, że 34 WOG dysponował całą dokumentacją Postępowania dotyczącą wszystkich części zamówienia, na które Konsorcjum FCC złożyło ofertę, w tym przede wszystkim posiadał Umowę konsorcjum przed wyborem najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3, z której wynika podział prac pomiędzy konsorcjantami. Na szczególną uwagę zasługuje postanowienie § 1 ust. 2 Umowy konsorcjum, w którym zawarta jest odpowiedź na wątpliwości PROWASTE w zakresie tego, który z członków Konsorcjum FCC będzie realizował tę część zamówienia – „odbior i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych”, do wykonania której wymagany jest wpis do rejestru działalności regulowanej. Z treści przywołanego postanowienia wynika natomiast, że w zakresie w jakim w przedsięwzięciu partnerzy wykazywać będą spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej poprzez jednego z partnerów, to ten partner konsorcjum, który wykazał spełnienie warunku będzie zgodnie z umową realizacyjną odpowiedzialny za realizację części przedsięwzięcia z tym warunkiem związanej. Tym samym zasadnym jest przyjęcie, że ponad wszelką wątpliwość Przystępujący 2 w zakresie postawionego warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 pkt 1.5 SWZ, wykazał jego spełnienie i zapewnił realne wykonanie umowy w ramach wykazanych dokumentów potwierdzających jego spełnienie. Idąc dalej, Izba dostrzegła również, że zgodnie z § 2 ust. 1 lit. p) i § 3 ust. 3 lit. g) Umowy konsorcjum do obowiązków zarówno FCC Tarnobrzeg jak i M. O. należy „odbior i transport do wskazanych instalacji odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych”. Z kolei w myśl § 2 ust. 1 lit. q) „zapewnienie pojemników do realizacji zamówienia” zostało przypisane wyłącznie Liderowi Konsorcjum FCC, a za „transport i podstawienie pojemników do obsługi poszczególnych obiektów” odpowiedzialny jest Partner Konsorcjum FCC. Przytoczone postanowienia Umowy konsorcjum jednoznacznie zatem

wskazują, że intencją konsorcjantów było, aby zadania, które wymagają wpisu do rejestru działalności regulowanej były przez nich realizowane wymiennie w zależności od części zamówienia, na którą składana była oferta. Powyższe potwierdza chociażby fakt, że – jak wynika z dokumentacji Postępowania przekazanej przez Zamawiającego – w zakresie części nr 13 zamówienia, w której 11 stycznia 2024 r. zawarto już umowę w sprawie zamówienia publicznego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym w Rozdziale X ust. 1 pkt 1.5 SWZ wykazał FCC Tarnobrzeg. Tymczasem – jak słusznie wskazał 34 WOG w odpowiedzi na odwołanie – podział odnośnie obowiązków w zakresie „zapewnienia pojemników do realizacji zamówienia” oraz „transportu i podstawienia pojemników do obsługi poszczególnych obiektów” dotyczył wszystkich części bez względu na posiadane przez konsorcjantów zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 6 lutego 2024 r. oraz podczas rozprawy, zgodnie z którym treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami potwierdza, iż obaj konsorcjanci będą realnie wykonywać zamówienie w części nr 3, w tym w szczególności, że FCC Tarnobrzeg będzie podmiotem zapewniającym bazę pojemników. Dodatkowo odnosząc się do fragmentu wyjaśnień w zakresie zaofertowanej ceny z dnia 4 grudnia 2024 r. zacytowanego przez PROWASTE w treści odwołania, należy zauważyć, że trafnie podniósł Przystępujący 2 podczas rozprawy, iż Odwołujący dokonuje nadinterpretacji treści rzeczonych wyjaśnień. Wbrew twierdzeniom PROWASTE przytoczony fragment nie potwierdza bowiem tezy odwołania. W szczególności zasadnym jest podkreślenie, że umowy o pracę załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają na

celu wykazanie, że Konsorcjum FCC posiada odpowiednie zasoby i stosuje wynagrodzenie zgodne z przepisami prawa pracy, natomiast nie zostały złożone na okoliczność wykazania, iż te konkretne osoby będą wykonywały zamówienie. Ponadto Izba wskazuje, że zarzuty odnoszące się do sposobu skonstruowania dokumentów zamówienia, w szczególności Załącznika nr 6 do SWZ – „Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” jak również jego nieprawidłowego wypełnienia w kontekście braku odniesienia się do poszczególnych części zamówienia są spóźnione. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego sposobu sformułowania dokumentów zamówienia jakie zostały przygotowane w tym Postępowaniu. Słusznie bowiem podniósł Przystępujący 2 w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy, że złożył ofertę jako konsorcjum w tym samym składzie na wiele części przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze wzorem formularza oferty będącego Załącznikiem nr 1 do SWZ Przystępujący 2 na jednym dokumencie złożył ofertę w tych częściach, w ramach których zdecydował się składać ofertę. Konsorcjum FCC w myśl postanowienia Rozdziału XVI ust. 12 pkt 1 SWZ załączyło do oferty również stosowne oświadczenie wypełnione zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 6 do SWZ. Trafnie wskazał Przystępujący 2 podczas rozprawy, że w żadnym miejscu w SWZ

nie ma bowiem wymogu, aby wykonawca zobligowany był do złożenia osobno dla każdej części zamówienia oświadczenia o podziale wykonywanych zadań pomiędzy konsorcjantami. Tymczasem 34 WOG w ramach stricte treści informacji jakie mają wynikać z Załącznika nr 6 do SWZ wymagał od wykonawcy wskazania takich informacji, które odpowiadać mają literalnemu brzmieniu przedmiotowego załącznika łącznie dla wszystkich części zamówienia w jakich wykonawca będzie składać ofertę. Mając na uwadze wszystko powyższe w ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący 2 w sposób wystarczający wyjaśnili w toku postępowania odwoławczego wątpliwości podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu, stąd też wzywianie do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów stało się bezprzedmiotowe i – jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy prowadziłoby jedynie do nadmiernej formalizmu. Dodatkowo należy wskazać, że zarzut ewentualny podlegał oddaleniu również jako nieuzasadniony w konsekwencji przedstawienia w treści odwołania dwóch sprzecznych stanowisk w zakresie zastosowania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FCC z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia Izba wskazuje, co następuje. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wymagany w świetle dokumentów zamówienia. W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia (...)” (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w wyżej

wymienionym przepisie, niezbędne jest zatem stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (...); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego (...)” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 543/22). Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest podkreślenie, że Odwołujący nie był w stanie w sposób transparentny wskazać w odwołaniu niezgodności treści oferty Konsorcjum FCC z konkretnymi wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się i jako taki podlegał oddaleniu.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla naruszenia przez 34 WOG wyżej wymienionego przepisu, przede wszystkim nawet nie wyjaśnił dlaczego – w jego ocenie – oferta Przystępującego 2 jest niezgodna z ustawą. Podkreślenia wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność oferty z ustawą zachodzi w sytuacji, gdy oferta ta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 659/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3205/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 675/23). Tymczasem w niniejszej sprawie PROWASTE ani nie wskazał jaki przepis ustawy Pzp został rzekomo naruszony przez Zamawiającego ani nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych mających wskazywać na istnienie stanu niezgodności pomiędzy ofertą Konsorcjum FCC a ustawą. Należy zauważyć, że ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp odrębnie określił podstawy odrzucenia oferty z powodu niezgodności z ustawą czy też m.in. z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Ziszczenie się podstawy odrzucenia wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

nie świadczy jednak o zaistnieniu przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 659/22).

W tym miejscu równocześnie wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy

Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Z uwagi na powyższe Izba odniosła się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca im argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. Wszelkie nowe okoliczności powoływane przez Odwołującego oraz przez Przystępującego 1 dopiero na rozprawie, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, nie mogły być wzięte przez skład orzekający pod uwagę przy rozpoznaniu niniejszej sprawy.

Mając na względzie przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 w zw. z § 5 pkt 1 i § 2 ust. 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej: „rozporządzenie”), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca: