

Sygn. akt: KIO 1773/23

WYROK
z dnia 7 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Budynków Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu,**

przy udziale wykonawców:

- 1) CEROMA S.C. R. C., A. R. z siedzibą w Wałbrzychu,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu,

Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu 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;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 674 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu na rozprawę (1 023,50 zł) oraz opłat skarbowych od pełnomocnictw (51,00 zł).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Budynków Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 045-132598.

W dniu 22 czerwca 2023 r. wykonawca Megatherm Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 6 i 7 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. (dalej: AER), pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez AER, mimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- art. 17 ust. 2, w zw. z art. 117 ust. 3. w zw. z art 116 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy „CEROMA” S.C. R. C., A. R. (dalej: Ceroma) do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 114 ust. 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez uznanie, że Ceroma wykazała i udowodniła posiadanie niezbędnych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wymaganej przez Zamawiającego;

ewentualnie, w przypadku uznania, że odrzucenie oferty AER na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne :

- art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania AER do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych przy zaoferowanej stawce 0,12 złotych brutto za sprzątnięcie powierzchni w obrębie budynku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru ofert AER i Ceroma;
- powtórzenia czynności oceny oferty AER i Ceroma;

- odrzucenia oferty AER z uwagi na to, że jego oferta zawiera cenę lub koszt rażąco niski i w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie zadania nr 2
- wezwania Ceroma do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz posiadania uprawnień wymaganych przez Zamawiającego
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
ewentualnie, w przypadku uznania, że odrzucenie oferty AER na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne :
- wezwania AER do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

Zarzuty dotyczące oferty AER (zadanie nr 2)

Odwołujący podniósł, że wykonawca AER zaoferował za usługę utrzymania codziennej czystości powierzchni wewnętrznej w obrębie budynku cenę 12 gr brutto (tj. niecałe 10 gr netto) za 1m² za miesiąc.

Odwołujący wskazał, że w ramach dla zadania nr 2 Zamawiający przewidział do codziennego sprzątnięcia powierzchnię 1 022,47 m² (54 budynki). Zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy zakres usług utrzymania czystości jest następujący:

- A) *Codziennie utrzymanie porządku i czystości polegające w szczególności na zmiataniu, zbieraniu papierów, tworzyw sztucznych, szkła, gałęzi, liści, psich oraz gołębih odchodów, piachu, błota, mułu i innych odpadów, grabieniu liści i innych zanieczyszczeń, wycieranie rozlanych cieczy (przez codzienne utrzymanie porządku i czystości rozumieć należy świadczenie tych usług od poniedziałku do soboty, oraz przez 4 niedziele lub dni świąteczne w całym okresie obowiązywania umowy. O terminach sprzątnięcia w niedziele lub dni świąteczne, Zamawiający poinformuje wykonawcę pocztą elektroniczną lub pisemnie minimalnie na 1 dzień przed koniecznością przystąpienia do realizacji usług);*
- B) *Utrzymanie czystości raz na kwartał: - w korytarzach piwnicznych, - na strychach.*
- C) *Zawiadamianie zarządcy nieruchomości i właściwych miejskich służb technicznych o dostrzeżonych uszkodzeniach i wadliwym funkcjonowaniu instalacji, urządzeń technicznych, urządzeń zabawowych oraz zepsutych i zdewastowanych elementach małej architektury.*
- D) *Mycie tablic informacyjnych z nazwami ulic i numerami budynków, i tablic promujących projekty (1 raz na kwartał).*

E) Usuwanie ogłoszeń, plakatów, reklam z miejsc do tego nie przeznaczonych.

Odwołujący podniósł, że AER zaoferował za usługę utrzymania czystości wewnątrz budynków łącznie kwotę 99,76 złotych netto za cały miesiąc – 6 dni w tygodniu, co oznacza, że w ramach kwoty minimalnego wynagrodzenia pracownika od lipca 2023 r., kiedy stawka wynosić będzie wraz z narzutem pracodawcy 4.337,28 zł, AER może zaoferować (bez innych kosztów) niespełna 4 godziny pracy pracownika w miesiącu. Według zaoferowanej przez AER ceny, pracownik dziennie będzie miał do posprzątania 54 budynki w czasie 10 minut, czyli ok. 5 budynków na minutę, co oznaczałoby, że pracownik firmy AER sprząta budynki w tempie 2 m²/s.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym wykonawcy. Podniósł, że kwestia wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy za miesiąc świadczenia usługi wynika z rachunku matematycznego: powierzchnia 1 022,47 m² x stawka brutto za m² 0,12 złotych = 122,70 złotych brutto = 99,75 złotych netto – za 1 miesiąc kalendarzowy. Z powyższego wynika również, że za przepracowany dzień, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w kwocie 99,75 złotych / średnio 25 dni pracujących w miesiącu = 3,99 złotych. Kwota 3,99 zł nie pozwala na zapewnienie nawet 10 minut pracy wynikających z wynagrodzenia minimalnego pracownika, które od 1 lipca wynosić będzie 23,50 złotych brutto.

Zdaniem Odwołującego, wynagrodzenie za sprzątnięcie powierzchni wewnątrz nie jest czynnością marginalną, której AER nie miał w obowiązku należycie skalkulować i oszacować biorąc pod uwagę wszelkie niezbędne koszty realizacji usługi sprzątnięcia budynków wewnątrz. Z § 4 ust. 2 wzoru umowy wynika, że sam Zamawiający podkreślił wagę ceny jednostkowej w ramach realizowanych czynności. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z punktem XIII.1 SWZ w części XIII: *Wykonawca składający ofertę podaje cenę netto, brutto oraz stawkę podatku VAT w Formularzu ofertowym. Wykonawca z należytą starannością określi cenę na wszystkie usługi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.*

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca AER w 2022 r. w analogicznym postępowaniu zaoferował cenę 1,11 zł brutto za 1m² (prawie 10-krotnie wyższą), a w 2021 r. – cenę 1,51 brutto za 1m² (ponad 13-krotnie wyższą), natomiast cena zaoferowana w obecnym postępowaniu w porównaniu co ceny średniej pozostałych wykonawców za sprzątnięcie wewnątrz różni się o ponad 1300%. Odwołujący zaznaczył, że sposób oraz zakres czynnościowy zleczanych usług w ciągu ww. lat nie zmienił się nawet w najmniejszym stopniu, zatem nie uległy drastycznemu zwiększeniu ani zmniejszeniu koszty pozapłacowe, jakie ponieść musi wykonawca w celu należytego wykonywania usług. W ocenie

Odwołującego zaofierowanie tak nielogicznie niskiej ceny, znacznie bo ponad 10-krotnie niższej niż rok wcześniej ceny, powinno wzbudzić zastrzeżenia i podejrzenia Zamawiającego i skutkować wezwaniem do wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, zaofierowanie przez AER ceny za metr kwadratowy powierzchni sprzątej wewnątrz za cenę 0,12 złotych brutto w 54 budynkach, może zostać również ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że wystarczające jest zaistnienie prawdopodobieństwa, że w wyniku działań wykonawcy dojdzie do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy oraz że takie prawdopodobieństwo zachodzi w przedmiotowej sprawie. Podniósł, że „manipulowanie ceną” polega cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Ma to szczególnie istotne znaczenie w przypadkach tego typu postępowań, w których – jak to ma miejsce w niniejszej sprawie – wyliczenie ceny ofertowej brutto jest brane pod uwagę jedynie przy wyborze oferty najkorzystniejszej i nie stanowi ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca mający doświadczenie i wiedzę, jaka będzie rzeczywista prawdopodobna częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności, może przerzucić większy zysk na pozycje, które wg jego przewidywań przyniosą większy przychód, przy jednoczesnym zniżeniu cen pozycji, których prawdopodobieństwo wystąpienia ocenia jako znikome. Działania tego rodzaju zaburzają konkurencję w postępowaniu, powodując nieporównywalność ofert w zakresie rzeczywistych kosztów, jakie Zamawiający będzie musiał ponieść na podstawie cen jednostkowych. Zdaniem Odwołującego pozostałe stawki zaproponowane przez AER są sztucznie zawyżone tam, gdzie stawka podatku VAT wynosi 8% a nie 23%, co przesądza o manipulowaniu ceną.

Jako zarzut ewentualny Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie podjął wymaganej na nim czynności wezwania AER do wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca AER chce zrealizować usługę za tak niewyobrażalnie niską stawkę, niepozwalającą nawet na zatrudnienie człowieka w wymiarze 1/8 etatu.

Zarzuty dotyczące oferty Ceroma

Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Odwołujący podniósł, że wykonawca Ceroma nie przedstawił referencji na dowód realizacji następujących zadań:

- utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 1 bok „śródmieście” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych w okresie 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020nadal;
- utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 3 bok „podgórze” 27-06-2014 do 31-05- 2022 miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-31.05.2022;
- utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 4 bok „stary źródł” 27-06-2014 do 31-05-2022 miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-31.05.2022;
- utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 6 bok „Sobiecin” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-nadal;
- utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 7 bok „biały kamień” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-nadal.

Zdaniem Odwołującego, pomimo teoretycznego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Ceroma wyłącznie na podstawie przedstawionych referencji, w praktyce nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten działa w formie spółki cywilnej, która nie jest na gruncie prawa osobnym podmiotem, lecz jest w istocie tylko umową cywilnoprawną zawartą między wspólnikami. Odwołujący powołał się na przepisy art. 860 § 1 i 2 oraz 863 §1 i 2 Kc i podniósł, że a gruncie zamówień publicznych przyjmuje się, że spółka cywilna występuje jako konsorcjum, a w rzeczywistości do zamówienia przystępują działający łącznie wspólnicy – spółka nie może być zatem samodzielny wykonawcą w tym sensie, że będzie ona uważana za związek wspólników mający na celu wspólne wygranie przetargu i uzyskanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający potwierdził, że spółkę cywilną tworzą dwa odrębne podmioty, o czym świadczy dwukrotne wezwaniu Ceroma do wyjaśnień i poprawy dokumentów (wezwanie z 9 maja 2023 r. oraz z 17 maja 2023 r.).

Odwołujący podniósł, że przedłożone referencje dotyczą spółki innej niż ubiegająca się o udzielenie zamówienia. Wykonawcą składającym ofertę jest S.C. CEROMA R. C., A. R., ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych. Tymczasem na wezwanie Zamawiającego wykonawca Ceroma przedstawił referencje dotyczące S.C. CEROMA R. C., A. R., Z. M., ul. Św. Józefa 2, 58-305 Wałbrzych. Obecnie spółkę tworzą A. R. prowadzący działalność pod nazwą A. R. oraz R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. C.. Natomiast wg stanu na 11 grudnia 2020 r. (tj. dzień potwierdzenia realizacji zamówienia przez Ceroma S.C.) usługę w ramach spółki cywilnej realizowało trzech wspólników: A. R. prowadzący działalność pod nazwą A. R., R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. C. oraz Z. M. prowadzący działalność pod nazwą Z. M. . W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – wykonawca Ceroma nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C387/14 Esaprojekt i podniósł, że o zakresie doświadczenia zdobytego w konsorcjum decyduje zakres faktycznie wykonywanych przez konsorcjanta czynności.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Ceroma nie wykazał, że obecni wspólnicy spółki cywilnej, tj. R. i C., faktycznie mogą legitymować się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji usługi dla MZB Wałbrzych łącznie ze wspólnikiem M. . Na podstawie przedstawionych dokumentów i dowodów, uczestnicy postępowania nie mogą potwierdzić obiektywnie, że wspólnicy R. i C. zrealizowali osobno lub łącznie usługi wymagane przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nie można uznać, że dotychczasowy wspólnik spółki cywilnej realizujący wspólnie z innymi wspólnikami usługi, nie wykonywał ich wcale lub też wykonywał je w marginalnej części. Z. M. do sierpnia 2021 r. był pełnoprawnym wspólnikiem spółki Ceroma. Faktyczna realizacja usług w ramach spółki dokonywała się przy udziale i aktywnej realizacji przedmiotu zamówienia przez trzy niezależne względem siebie podmioty, które podjęły decyzję o wspólnym prowadzeniu działania polegającego na świadczenie usługi utrzymania czystości. Nabywcami doświadczenia są więc wspólnicy łącznie. W związku z tym Odwołujący podniósł, że na tym etapie postępowania wykonawca Ceroma nie wykazał, aby A. R. i R. C. legitymowali się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Nie wskazali oni w dokumentach, w jakiej części realizowali dotychczasowe usługi poszczególni wykonawcy lub wykonawcy którzy w dniu składania ofert przystąpili do postępowania, co pozwoliło by na potwierdzenie spełniania przez nich

warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że przypuszcza, iż Z. M. w ramach swojej działalności i wkładu do spółki realizował 80% czynności w tym świadczył usługę na 80% realizowanej powierzchni, a pozostali wspólnicy zrealizowali po 10% usługi – Z. M. realizował faktycznie usługę utrzymania czystości, R. C. dostarczał sprzęt, A. R. nadzorował wykonywanie prac. Wykonawca nie przedstawił dowodów na fakt, że spółka cywilna złożona z 2 wspólników jest w stanie sprostać wymaganemu doświadczeniu. Takimi mogłyby być: uchwały wspólników o podziale zysków, umowa spółki cywilnej regulującej podział prac, zakresu podziału wkładów wspólników, zakresu realizacji prac w ramach umów dla MZB Wałbrzych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, mimo ciążącego na nim obowiązków prowadzenia postępowania w sposób niewykluczający i równo traktujący przedsiębiorców, nie wezwał wykonawcy Ceroma do przedstawienia dowodów potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zgadza się, że w przypadku zamówień publicznych, wspólnicy spółki cywilnej i ich doświadczenie może być traktowane jako doświadczenie jednego wykonawcy złożonego z kilku wspólników, jednak w tej sytuacji doszło do zmiany struktury udziałowej spółki cywilnej poprzez odsunięcie od spółki jednego z trzech podmiotów tworzących grupę wykonawców.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Ceroma uzupełnił oświadczenie, zgodnie z którym każdy ze wspólników zrealizuje po 50% usług wchodzących w skład poszczególnych części, nie przedstawił jednak dowodów, że w każdej z części wykonawca mający świadczyć 50% usług posiada doświadczenie w danym zakresie. W związku z tym – zdaniem Odwołującego – Zamawiający miał obowiązek wezwać ww. wykonawcę do przedstawienia dowodów świadczących na posiadanie wymaganego przez niego doświadczenia.

Zarzut dotyczący uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, stanowiącego integralną część Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, w zakresie o których mowa w ustawie o odpadach, a dotyczącym przedmiotu zamówienia. Wykonawca Ceroma na wezwanie Zamawiającego przedstawił następujące wyjaśnienia:

Wykonawca informuje, że ze względów technicznych brak jest możliwości pobrania aktualnego wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami w zakresie działu VII tego rejestru ze strony BDO. W załączeniu link do strony BDO gdzie można uzyskać informację o wpisie do rejestru:

[https://bdo.mos.gov.pl/rejestr_podmiotu_Wykonawcy:](https://bdo.mos.gov.pl/rejestr_podmiotu_Wykonawcy) <https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Registry/Index?pageNumber=1&placeType=residenceOrBusinessAddress&queryString=88> 60006130&t=1608024876451 działy: <https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Application/Preview/Tables/58e6a6d9-ad5e-4839-93b054199725290f>.

W załączeniu screeny.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z wzorem umowy wykonawca lub podwykonawca (jeżeli będzie realizował usługi), zobowiązany jest posiadać przez cały okres obowiązywania umowy wymagany wpis do rejestru i będzie do przedłożenia, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy lub podwykonawcy, kserokopii obowiązującego ww. dokumentu wydanego dla wykonawcy lub podwykonawcy. Odwołujący przedstawił print screen z bazy BDO, zgodnie z którym pod podanymi danymi do przejrzania wpisu do BDO, widnieją następujący przedsiębiorcy: R. C., A. R., Z. M. S.C. „CEROMA”.

Odwołujący podniósł, że podmiotami prawnymi są wspólnicy spółki cywilnej, a nie spółka. Powołał się na fragment wystąpienia pokontrolne Wojewody Dolnośląskiego z 18 kwietnia 2016 r. (NK-KE.431.7.2016.AW), w którym wskazano, że zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej za przedsiębiorców uznaje się wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, nie zaś samą spółkę, w związku z czym w roli strony postępowania administracyjnego występują wspólnicy spółki cywilnej, w związku z czym posiadaczem odpadów nie jest spółka cywilna, lecz jej wspólnicy. Dyspozycja art. 43 ust. 2 u.o.o. nakazuje więc zamieszczanie w decyzji zezwalającej na przetwarzanie odpadów nr REGON oraz NIP wspólników spółki cywilnej, którym przysługuje zezwolenie, o ile zostały nadane.

Odwołujący podniósł, że to nie spółka jest beneficjentem pozwoleń, zezwoleń i koncesji, a jej wspólnicy i to im organ powinien wydawać wszelkie decyzje administracyjne, a nie spółce cywilnej, którą prowadzą, skoro nie ma ona osobowości prawnej i nie jest przedsiębiorcą. Zatem, każdy ze wspólników spółki cywilnej powinien wystąpić o wpis do działalności regulowanej albo wspólnicy mogą upoważnić jednego z nich, aby o taki wpis wystąpił w ich imieniu. Powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2006 r. VI SA/Wa 120/06, zgodnie z którym wspólnik spółki cywilnej, będący przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy o transporcie drogowym, nieposiadający licencji, nie może wykonywać transportu drogowego korzystając z licencji drugiego wspólnika.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ceroma na wezwanie Zamawiającego przedstawił wpis do BDO nieistniejącej już faktycznie spółki cywilnej, zgodnie z którą,

członkami byli: A. R., R. C. oraz Z. M. . Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów świadczących o podjęciu kroków mających na celu zaktualizowanie informacji w bazie danych o odpadach. W przedstawionym stanie prawnym, Ceroma S.C. R., C., nie posiadają zgodnie z przedstawionymi dokumentami wymaganego przez Zamawiającego uprawnienia w zakresie jakim tego wymagał w SWZ, gdyż wpis Ceroma do BDO jest nieaktualny. Wniosek o aktualizację wpisu do rejestru powinien zostać złożony w ciągu 30 dni od wystąpienia zmiany (art. 59 ustawy o odpadach): informacji zawartych w rejestrze, zakresu prowadzonej działalności wymagającej wpisu do rejestru, co wynika z art. 59 ust. 1 ustawy. Ponieważ Z. M. zakończył działalność w 2021 r., pozostali wspólnicy mieli ponad 2 lata na zaktualizowanie danych.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Ceroma powinien zostać wezwany do wyjaśnienia rozbieżności w systemie BDO ze stanem faktycznym. Odwołujący wskazał, że zgodnie z piśmiennictwem to nie spółka, lecz przedsiębiorcy tworzący spółkę muszą legitymować się niezbędnymi uprawnieniami do prowadzenia działalności, zatem per analogiam, jeśli kompetencję tę miało 3 przedsiębiorców działających w jednym celu, to 2 z 3 osobno tych przedsiębiorców może tych kompetencji już nie posiadać. Zgodnie z danymi w bazie BDO, zarówno A. R., jak i R. C. nie posiadają wpisów w tej bazie BDO.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska AER Sp. z o.o. oraz „CEROMA” S.C. R. C., A. R. . Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Zrzuty dotyczące oferty wykonawcy AER (część 2 zamówienia)

Izba ustaliła, że zgodnie z § 4 projektu umowy, za wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ilościowo-ryczałtowe miesięczne ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym wykonawcy. Wynagrodzenie nie przysługuje za zakres usług niewykonanych.

Wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą formularz cenowy (załącznik nr 3 do SWZ), obejmujący wycenę usług dotyczących nieruchomości budynkowych (Wykaz 2A) oraz nieruchomości gruntowych (Wykaz 2B).

W odniesieniu do nieruchomości budynkowych Zamawiający wymagał wyceny wg następującego wzoru:

	Załącznik nr 1 do projektowanych postanowień umowy – Wykaz 2A			
	do codziennego sprzątania		trawniki	żywopłoty
	poza obrysem budynku + poza granicami działki + inne (6+8+12)	w obrysie budynku (7)	utrzymywanie w czystości, utrzymywanie terenów zielonych (10)	utrzymywanie w czystości, utrzymywanie terenów zielonych (11)
Lp.	1	2	3	4
Jednostka miary	m²	m²	m²	mb
Ilość	12 698,17	1 022,47	12 598,30	96,00
Cena jedn. Brutto zł/m-c				
Stawka podatku VAT				
Wartość brutto zł/m-c				
Wartość brutto zamówienia zł/12 m-cy				

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował, że na realizację części 2 zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 485.789,16 zł.

W zakresie części 2 zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej „Mieroszów: 585.761,15 zł, w tym cena jednostkowa brutto za codzienne sprzątanie w obrycie budynku 0,77 zł za 1m²/m-c (oferta odrzucona),
- MEGATHERM Sp. z o.o.: 727.319,04 zł, w tym cena jednostkowa brutto za codzienne sprzątanie w obrycie budynku 1,50 zł za 1m²/m-c,
- Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Ochrony AER Sp. z o.o.: 609.746,04 zł, w tym cena jednostkowa brutto za codzienne sprzątanie w obrycie budynku 0,12 zł za 1m²/m-c.

Odwołanie w zakresie zarzut dotyczących oferty AER nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zauważenia wymaga, że Odwołujący próbował podczas rozprawy wywieść z zaoferowanej przez wykonawcę AER stawki zarzut pozostawania tego wykonawcy w zмовie z wykonawcą Ceroma. Zarzut taki nie został jednak sformułowany w odwołaniu, a podnoszenie go dopiero na rozprawie, po upływie terminu na wniesienie odwołania, jest niedopuszczalne. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niezasadność przedmiotowego zarzutu wynika z faktu, że Przystępujący nie został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a dopiero negatywna ocena wyjaśnień może prowadzić do wniosku o konieczności odrzucenia oferty. Przepis art. 226 ust. 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień, jednak ich nie złożył lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Brak możliwości odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień wynika również z przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Jak stanowi art. 69 ust. 1 dyrektywy, *instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług*. Zgodnie natomiast z art. 69 ust. 3 dyrektywy *instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2*.

Wobec powyższego, nie można skutecznie podnosić zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy – jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie – wykonawca nie był wezwany do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego AER. Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji jest manipulacja ceną, polegająca na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen. Odnosząc ten zarzut do oferty Przystępującego AER Odwołujący ograniczył się do gołosłownego i niepopartego nawet szerszą argumentacją twierdzenia, że *pozostałe stawki zaproponowane przez AER są sztucznie zawyżone tam, gdzie stawka podatku VAT wynosi 8 % a nie 23 %, co przesądza o manipulowaniu ceną*. Odwołujący nie określił, które konkretnie elementy wyceny zostały sztucznie zawyżone w celu zrekompensowania zniżonej wyceny usługi codziennego sprzątnięcia w obrysie budynków, nie wskazał, z jakich okoliczności takie twierdzenie wywodzi i nie podjął nawet próby udowodnienia swoich twierdzeń. Już tylko z tego powodu zarzut należy uznać za niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut ewentualny – naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania AER do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z tym przepisem, 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.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

Odwołujący podważył realność wyceny usług codziennego sprzątnia w obrysie budynków, jednak – wbrew ciążącemu na nim obowiązki – nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania wykonawcy AER do wyjaśnień. Odwołujący przedstawił obliczenia mające potwierdzać nierealność wyceny oraz wskazał na ceny oferowane przez Przystępującego we wcześniejszych postępowaniach, pominął jednak ustawową przesłankę istotności kwestionowanych elementów składowych ceny. Stanowisko Odwołującego zmierzało do wykazania, że wycena ww. pozycji jest rażąco niska, nie wykazał on jednak najważniejszej okoliczności, od której ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. istotności kwestionowanej pozycji cenowej. Odwołujący w tym zakresie ograniczył się do stwierdzenia, że *wynagrodzenie za sprzątnie powierzchni wewnątrz nie jest czynnością marginalną* i wskazał na wyodrębnienie takiej pozycji przez Zamawiającego dla celów przyszłych rozliczeń. Powyższa teza nie została poparta szerszą argumentacją, Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu twierdzeń, które potwierdzałyby istotność tego elementu ceny. Podczas rozprawy Odwołujący podniósł, że usługi sprzątnia wewnątrz budynku są istotne pod względem merytorycznym oraz z punktu widzenia ciążących na administratorze nieruchomości obowiązków, nie wykazał jednak zasadności tej tezy przy uwzględnieniu, jak mały jest udział tych usług w przedmiocie zamówienia, zarówno pod względem ilościowym, jak i wartościowym. Należy bowiem mieć na uwadze, że zakres ilościowy usług codziennego sprzątnia wewnątrz budynków stanowi poniżej 1% wszystkich usług składających się na przedmiot zamówienia ($1\ 022,47 : 105\ 057,79 = 0,97\%$), a jego wycena ma nieznaczny wpływ na cenę całkowitą. Jak bowiem wynika z przedstawionej przez Zamawiającego symulacji, nawet gdyby zwiększyć wycenę tej pozycji z zaoferowanej przez Przystępującego (0,12 zł/m²) do kwoty zaoferowanej przez Odwołującego (1,50 zł/m²), to cena oferty Przystępującego wzrosłaby o niecałe 20 tys. zł, tj. o niecałe 3%. Należy przy tym mieć na uwadze, że zaoferowana przez Odwołującego cena 1,50 zł/m² jest istotnie wyższa nie tylko od wyceny Przystępującego, ale również dwukrotnie wyższa od ceny zaoferowanej przez trzeciego z wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu.

O istotności kwestionowanej części składowej ceny nie świadczy – zdaniem Izby – fakt wyodrębnienia w formularzu cenowym pozycji dotyczącej codziennej sprzątnia w obrysie budynku. Jak słusznie wskazał Zamawiający, wyodrębnienie takie było konieczne

z uwagi na fakt, że usługa ta objęta jest inną stawką podatku VAT niż wszystkie pozostałe usługi składające się na przedmiot zamówienia.

Zauważenia wymaga również, że zakres usługi codziennego sprzątnia w obrysie budynku polega wyłącznie na utrzymaniu porządku i czystości z parterów klatek schodowych do pierwszych stopni schodowych prowadzących na wyższe kondygnacje. Pozostałe czynności wskazane w treści odwołania nie są objęte usługą codziennego sprzątnia, czynności dodatkowe wykonywane okresowo (raz na kwartał, w przypadku wystąpienia takiej potrzeby, 1 raz w okresie obowiązywania umowy, itp.).

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej porównania wysokości zaoferowanej stawki do stawek oferowanych przez Przystępującego we wcześniejszych postępowaniach (i złożonych na tę okoliczność zestawień i formularzy) wskazać należy, że porównanie to nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Ocenie Izby podlega bowiem obecnie prowadzone postępowanie i występujące w nim okoliczności, a ceny zaoferowane w innych postępowaniach mogły być wyższe z różnych powodów, które pozostają poza zakresem badania Izby w obecnym postępowaniu odwoławczym. Z tych samych względów za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać dowód w postaci wezwania do wyjaśnienia ceny oferty, skierowanego przez Zamawiającego w jednym z wcześniej prowadzonych postępowań. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że złożone przez Odwołującego dowody nie mają wpływu na ocenę podniesionych zarzutów przede wszystkim z tego powodu, że Odwołujący nie wykazał ustawowej przesłanki, od której uzależnione jest powstanie obowiązku wezwania do wyjaśnień, tj. istotności kwestionowanej części składowej ceny. Zamawiający natomiast wykazał, że ta część składowa ceny nie może być uznana za istotną.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Ceroma (części 1, 3, 4, 6, 7)

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem VI.1.3 SWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

Zdolności technicznej lub zawodowej – o udzielenie niniejszego zamówienia ubiegać może się Wykonawca, który:

A) *w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie, usługę trwającą przez okres co najmniej 10 miesięcy i polegającą na:*

a) *w zakresie dla części nr 1 określonej w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:*

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 6.500,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 3.000,00 m²,

b) w zakresie dla części nr 2 określonej w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 9.000,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 16.000,00 m²,

c) w zakresie części nr 3 określonych w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 8.500,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 9.500,00 m².

d) w zakresie części nr 4 określonych w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 11.500,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 12.500,00 m².

e) w zakresie części nr 5 określonych w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 16.500,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 45.000,00 m².

f) w zakresie części nr 6 określonych w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 6.000,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 5.500,00 m².

g) w zakresie części nr 7 określonych w pkt III ust: od 1 do 5 SWZ:

utrzymaniu porządku i czystości oraz odśnieżaniu i zwalczaniu śliskości na powierzchni min. 7.000,00 m² oraz obejmującą utrzymanie terenów zielonych (trawników) na powierzchni co najmniej 8.000,00 m².

W punkcie VI.1.1 lit. a SWZ Zamawiający wymagał wykazania (w odniesieniu do wszystkich części zamówienia) spełniania m.in. następującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej: *wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., stanowiącego integralną część Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, w zakresie o których mowa w ustawie o odpadach, a dotyczącym przedmiotu zamówienia.*

Wykonawca Ceroma przedstawił Wykaz usług, obejmujący następujące zadania:

- 1) utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 1 bok „śródmieście” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych w okresie 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020 - nadal;
- 2) utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 3 bok „podgórze” 27-06-2014 do 31-05- 2022 miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-31.05.2022;
- 3) utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 4 bok „stary źródł” 27-06-2014 do 31-05-2022 miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-31.05.2022;
- 4) utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 6 bok „Sobiecín” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-nadal;
- 5) utrzymanie czystości, porządku i estetycznego wyglądu terenów oraz części nieruchomości budynkowych – część nr 7 bok „biały kamień” 27-06-2014 do nadal miejski zarząd budynków sp. z o.o. ul. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych 27.06.2014-30.06.2018 oraz 1.12.2020-nadal.

W odniesieniu do warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia działalności wykonawca Ceroma przedstawił następujące oświadczenie:

Wykonawca informuje, że ze względów technicznych brak jest możliwości pobrania aktualnego wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami w zakresie działu VII tego rejestru ze strony BDO. W załączeniu link do strony BDO gdzie można uzyskać informację o wpisie do rejestru: https://bdo.mos.gov.pl/rejestr_podmiotu_Wykonawcy: <https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Registry/Index?pageNumber=1&placeType=residenceOrBusinessAddress&queryString=8860006130&t=1608024876451> działu: <https://rejestr-bdo.mos.gov.pl/Application/Preview/Tables/58e6a6d9-ad5e-4839-93b054199725290f>.

W załączeniu screeny.

Odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty Ceroma nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze należy stwierdzić, że zarzut dotyczący nieprzedstawienia przez wykonawcę Ceroma referencji na dowód realizacji usług wskazanych w wykazie, został sformułowany w sposób niepełny. Odwołujący wskazał jedynie, uzasadniając zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Ceroma do wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, że wykonawca nie przedstawił referencji na dowód realizacji zadań wskazanych w wykazie. Zarzut jest fragmentaryczny, a Odwołujący całkowicie pominął okoliczność, że usługi zostały zrealizowane na rzecz obecnego Zamawiającego, nie wskazał, z czego w takiej sytuacji wywodzi obowiązek złożenia referencji, nie odniósł się do dotyczącego takiej sytuacji art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, (który stanowi, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność) ani nie zarzucił w odwołaniu naruszenia tego przepisu.

Niezasadny jest zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Ceroma do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Okolicznością bezsporną jest to, że spółka cywilna, której wspólnicy złożyli ofertę w tym postępowaniu, składa się obecnie z dwóch wspólników, którzy powołali się na doświadczenie zdobyte częściowo w czasie, w którym w skład spółki wchodziło trzech wspólników.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym obecni wspólnicy spółki cywilnej mogą powołać się na doświadczenie tylko w takim zakresie, w jakim sami wykonywali zamówienia, z wyłączeniem tej części zamówień, które wykonywał były wspólnik. Stanowisko Odwołującego opiera się na utożsamieniu sytuacji wspólników spółki cywilnej z sytuacją wykonawców tworzących konsorcjum. Podkreślenia wymaga jednak, że chociaż na gruncie zamówień publicznych obie te formy należy uznać za podobne, to nie można pomijać różnic między spółką cywilną a konsorcjum. Podobieństwo polega na tym, że skoro spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej, a podmiotem praw i obowiązków są jej wspólnicy, są oni traktowani jak wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nie sposób jednak pomijać, że spółka cywilna ma charakter wspólnego prowadzenia działalności, jak bowiem stanowi art. 860 § 1 Kc, przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów, a w wyniku umowy spółki powstaje majątek wspólny wspólników (art. 863 Kc). Kodeks cywilny ustanawia też solidarną odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki (art. 864 Kc), prawo i obowiązek prowadzenia spraw spółki oraz sposób ich wykonywania (art. 865 Kc) sposób reprezentowania spółki (art. 866 Kc) oraz zasady ustalania udziału w zyskach i stratach (art.

867, art. 868 Kc). Spółka może być więc postrzegana – mimo braku podmiotowości prawnej – jako swego rodzaju „jednostka organizacyjna”, będąca formą prowadzenia działalności gospodarczej i realizacji wspólnych celów, charakteryzująca się pewną trwałością i ustalonymi więzami organizacyjnymi, w przeciwieństwie do konsorcjów powoływanych dla realizacji konkretnej umowy, które takimi więzami prawnymi i takim sposobem działania się nie charakteryzują. Niezasadne jest więc twierdzenie, że spółka cywilna jest dokładnie taką samą formą jak konsorcjum i powinna być tak samo oceniana we wszystkich aspektach związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia, z pominięciem charakteru i istoty spółki cywilnej.

Konieczne jest – zdaniem Izby – rozróżnienie postrzegania spółki cywilnej pod względem formalnym, z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych, od oceny zasobów, jakimi wspólnicy w ramach tej spółki dysponują. O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to podkreślenia wymaga aspekt, w jakim podejście takie jest w orzecznictwie prezentowane. Związane jest to z faktem, że oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników, to oni bowiem, a nie spółka, mogą zaciągać zobowiązania. Z tych samych powodów w odniesieniu do każdego ze wspólników, nie zaś spółki, oceniane jest istnienie podstaw do wykluczenia, z czego wynika okoliczność, że wspólnicy odrębnie składają wymagane oświadczenia oraz dokumenty JEDZ.

Czym innym są natomiast kwestie związane z realizacją kontraktów w ramach umowy spółki i nabywanie związanego z tym doświadczenia. W ocenie Izby nośnikiem doświadczenia zdobytego w ramach umowy spółki są niepodzielnie wspólnicy tej spółki. Jeżeli wspólnicy spółki cywilnej w ramach działalności tejże spółki, zgodnie z jej istotą – dążąc do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, zrealizowali określone zadanie, to nie można twierdzić, że w przyszłych postępowaniach mogą oni powołać się wyłącznie na doświadczenie zdobyte osobiście, z wyłączeniem doświadczenia tego ze wspólników, który odszedł ze spółki i obecnie nie ubiega się o udzielenie zamówienia. Z punktu widzenia zdobytego doświadczenia to bowiem spółka może być postrzegana jako jego nabywca, gdyż jej wspólnicy łącznie zrealizowali umowę działając w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, przy wykorzystaniu majątku wspólnego, współdziałając przy prowadzeniu spraw spółki.

Zauważenia wymaga również, że w świetle orzecznictwa spółka cywilna może być pracodawcą. Taki pogląd został niejednokrotnie wyrażony przez Sąd Najwyższy (wyrok z 7 listopada 1995 r., I PRN 84/95, wyrok z 10 maja 1996 r., I PRN 63/95, wyrok z 6 lutego

1997 r., I PKN 77/96), a w nowszym orzecznictwie został potwierdzony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lutego 2011 roku (II FSK 838/2010), w którym wskazano, że *artykuł 3 Kodeksu pracy jednoznacznie określa, że pracodawcą mogą być jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Na gruncie tej ustawy to spółka cywilna jako organizacja wspólników, a nie sami wspólnicy, jest pracodawcą.(...)* Dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem spółki cywilnej, a nie jej wspólników, za pracodawcę jest to, że osoby zatrudnione realizują cel gospodarczy, dla którego spółka została utworzona. Tym samym świadczą pracę na rzecz spółki, a nie jej poszczególnych wspólników. Oznacza to, że wspólnicy spółki cywilnej mogą realizować umowy przez wspólnych pracowników (pracowników spółki), co tym bardziej potwierdza, że wyodrębnienie doświadczenia poszczególnych wspólników i przypisanie im konkretnych wartości i zakresów wykonanych usług byłoby niecelowe, a nawet niemożliwe.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby dla potrzeb spełniania warunku udziału w postępowaniu każdy z dwóch obecnych wspólników zobowiązany był „wyodrębnić swoje własne doświadczenie” i tylko na to doświadczenie się powołać. Jak już wyżej wskazano, doświadczenie to jest doświadczeniem wszystkich wspólników łącznie, a wyodrębnienie go co do wartości i zakresu w odniesieniu do każdego ze wspólników, byłoby sztuczne, a wręcz niemożliwe. W konsekwencji wspólnicy kontynuujący działalność w ramach danej spółki cywilnej mogą powoływać się na całość doświadczenia zdobytego w ramach tej spółki. Zmiana składu osobowego spółki nie może prowadzić do wniosku, że wspólnicy, którzy w tej spółce pozostali, nie dysponują całością doświadczenia zdobytego w ramach spółki w szerszym składzie osobowym. Należy więc stwierdzić, że zarówno A. R., jak i R. C. mogą legitymować się całością doświadczenia, jakie zdobyli realizując na rzecz Zamawiającego umowy w ramach spółki cywilnej Ceroma s.c. C., R., M. .

Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, argumentacja Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej bowiem strony Odwołujący stwierdza, że spółka, czyli wspólnicy łącznie, są nabywcami doświadczenia, a z drugiej wyprowadza z tego wniosek, że Ceroma powinna wskazać i udokumentować realny zakres prac zrealizowanych przez obecnych wspólników w ramach umów na utrzymanie czystości w MZB Wałbrzych. Zatem Odwołujący twierdzi, że doświadczenie wspólników spółki cywilnej jest „łącznie”, a jednocześnie oczekuje potwierdzenia zakresu doświadczenia zdobytego przez dwóch z trzech wspólników spółki cywilnej, co – jak wskazano powyższej – jest pozbawione podstaw.

Niezasadny jest również zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego posiadania niezbędnych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub

zawodowej. W odniesieniu do tego zarzutu aktualne pozostaje stanowisko Izby dotyczące charakteru spółki cywilnej i potencjału jej wspólników.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący na dzień składania ofert był wpisany do rejestru jako Ceroma s.c. C., R., M. . Skoro więc wpis w rejestrze dotyczy A. R., R. C. oraz Z. M., to nie sposób twierdzić, że A. R. i R. C. (obecni wspólnicy) takiego wpisu nie posiadali. Wpis ten był nieaktualny jedynie w odniesieniu do Z. M., co jednak nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania, w którym ww. osoba nie jest wykonawcą.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący wykazał, że wniosek o aktualizację danych w BDO w zakresie wspólników wchodzących w skład jego spółki cywilnej złożył 27 sierpnia 2021 r. (przedłożył na tę okoliczność urzędowe potwierdzenie odbioru wniosku przez organ), należy więc stwierdzić, że dochował należytej staranności i nie może ponosić negatywnych skutków opieszałości organu zobowiązanego do aktualizacji danych w BDO. Przystępujący wykazał również, że obecnie wpis do BDO jest już zaktualizowany. Ponadto Przystępujący zasadnie wskazał, że zmiana polegała jedynie na wykreśleniu nazwiska tego wspólnika z nazwy spółki cywilnej, a zakres wpisu do BDO odnoszący się do obecnych wspólników nie uległ zmianie (ani takiej zmiany nie wymagał). Wskazane osoby, jako wspólnicy spółki cywilnej, pozostają zarejestrowani w BDO pod tym samym numerem rejestrowym co uprzednio, a zakres ich wpisu jest tożsamy (wpis jako transportujący odpady, bez zmian w zakresie katalogu odpadów).

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, który twierdził, że o zasadności zarzutu świadczy to, że to wspólnicy, a nie spółka, podlegają wpisowi do rejestru. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Przystępującego, który wskazał, że zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek podmiotu, po stwierdzeniu, że wniosek o wpis do rejestru nie zawiera braków formalnych. Organ, w razie uznania, że wpis nie może zostać dokonany wydaje decyzje o odmowie dokonania wpisu do rejestru (art. 62 ww. ustawy) oraz może również wykreślić podmiot z rejestru (art. 64 ww. ustawy). Ponadto Przystępujący wykazał, że w samym województwie dolnośląskim do rejestru BDO wpisanych jest kilkaset spółek cywilnych. Zgodzić należy się z Przystępującym, że trudno przyjąć, aby Marszałek Województwa Dolnośląskiego niezasadnie dokonał wpisu tych podmiotów do BDO, narażając je na zarzut niezgodnego z prawem działania w obszarze gospodarki odpadami. Trudno też uznać, aby postępowanie odwoławcze w przed Izbą było właściwym środkiem do weryfikacji prawidłowości tej praktyki.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego. Izba uznała za nieuzasadniony wniosek Zamawiającego o zwrot kosztów dojazdu trzech pełnomocników dwoma samochodami na podobnej trasie (z Wałbrzycha do Warszawy oraz z Wrocławia do Warszawy) i zasądziła na rzecz Zamawiającego koszty dojazdu w wysokości 1 023,50 zł (podróż samochodem na trasie Wałbrzych-Warszawa), uznając za nieuzasadnione koszty dojazdu w wysokości 823,40 zł z tytułu podróży jednego z pełnomocników na trasie Wrocław-Warszawa.

Przewodniczący: