

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez Odwołującego: Szczepan Cieślak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Sędziszów

przy udziale wykonawcy „EKOM” M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy „EKOM” M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wskazanego w pkt IV.1.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „EKOM” M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy „EKOM” M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

3.1. 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;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1227/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Sędziszów („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Sędziszów” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 maja 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2019/S 091-219628.

I. W dniu 1 lipca 2019 r. Odwołujący - S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „EKOM” M. Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach (dalej jako „Wykonawca EKOM” lub „Przystępujący”) oraz zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy EKOM z Postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę EKOM. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

art. 24 ust. 1 pkt 17) i 16) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 i 2 oraz w zw. z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy EKOM z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w odniesieniu do braku zaistnienia wobec Wykonawcy EKOM podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 i 2 ustawy Pzp i przewidzianych przez Zamawiającego w sekcji IV SIWZ od pkt 2.1 do pkt 2.16 SIWZ, pomimo, że Wykonawca umyślnie/na skutek rażącego niedbalstwa, względnie niedbalstwa/lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd, zawierając w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) i następnie składanych wyjaśnieniach informację o braku zaistnienia wobec niego podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 i 2 ustawy Pzp, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w Postępowaniu i skutkowało wyborem oferty Wykonawcy EKOM z naruszeniem prawa, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców;

art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Wykonawcy EKOM za odrzuconą;

- art. 24 ust. 8 ustawy Pzp przez zastosowanie procedury tzw. samooczyszczenia w odniesieniu do Wykonawcy EKOM w sytuacji, w której skorzystanie z jej dobrodziejstwa warunkowane jest złożeniem przez wykonawcę stosownego zastrzeżenia najpóźniej w treści JEDZ wraz z dowodami;
- art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez wybór Wykonawcy EKOM, który nie wykazał posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia oraz udzielenie temu Wykonawcy przedmiotowego zamówienia,
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy EKOM, pomimo, iż Wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania;
- innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w tym art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EKOM, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania,

albowiem Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy EKOM,
- wykluczenia z Postępowania Wykonawcy EKOM i odrzucenia jego oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający w sekcji IV SIWZ wskazał fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z Postępowania określone w: art. 24 ust. 5 pkt. 1) ustawy Pzp (pkt 2.13), art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp (pkt 2.14), art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp (pkt 2.15) oraz art. 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp (pkt 2.16). Jednocześnie zaprezentował stanowisko,

zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu nie musi zawierać kompleksowej informacji odnośnie postępowania (w ogłoszeniu należy zawrzeć jedynie krótki opis warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia oraz krótką listę wymaganych dokumentów), natomiast

szczegółowy opis wymagań winien zostać zawarty w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zauważył również, iż ustawodawca w art. 24 ust. 6 ustawy Pzp posłużył się

wyrazem "lub", co wskazuje na zastosowanie alternatywy łącznej (nierozłącznej). W związku z powyższym Odwołujący uznał, wbrew stanowisku Wykonawcy EKOM zawartemu w piśmie z dnia 19 czerwca 2019 r., Zamawiający skutecznie wskazał obligatoryjne i fakultatywne podstawy wykluczenia. W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż w JEDZ Wykonawca EKOM wskazał jedynie dwa przypadki, w których doszło do rozwiązania umowy zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art 3 ust. 1 pkt 1-4, a mianowicie o umowach zawartych z Gminą Zabierzów oraz Gminą Jędrzejów, przy czym w tym drugim przypadku Wykonawca EKOM wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując, iż umowę tę rozwiązał w trybie natychmiastowym z ważnych powodów zawnionych przez tego zamawiającego, podczas gdy zamawiający wcześniej dokonał rozwiązania umowy z Wykonawcą EKOM z winy Wykonawcy. Wykonawca w JEDZ nie wskazał ponadto faktu rozwiązania w nim umowy z jego winy przez zamawiającego - Gminę Mogilany.

W odniesieniu do świadczenia usług na rzecz Gminy Zabierzów Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca EKOM również wprowadził w błąd Zamawiającego podając, iż głównym powodem wypowiedzenia umów był fakt wadliwego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, tymczasem według Odwołującego zamawiający Gmina Zabierzów rozwiązał przedmiotowe umowy z trybie natychmiastowym bez zachowania okresu wypowiedzenia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy EKOM i obciążył go karami umownymi.

Na potwierdzenie przedstawionych okoliczności Odwołujący wskazał na następujące dowody:

- wypowiedzenie umowy nr ZRP.272.1.45.2018 z dnia 19 lipca 2018 roku o świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych,
- wypowiedzenie umowy nr ZRP.272.1.46.2018 z dnia 19 lipca 2018 roku o świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych,
- wypowiedzenie umowy nr ZRP.272.1.47.2018 z dnia 17 lipca 2018 roku o świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych,
- pismo Wójta Gminy Zabierzów z dnia 5 listopada 2018r.,
- wydruk ze strony internetowej Gminy Zabierzów.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: L.K. (na adres Gmina Zabierzów, Rynek 1, 32-080 Zabierzów) oraz A. K. (na adres Gmina Zabierzów, Rynek 1, 32-080 Zabierzów).

W odniesieniu do usług świadczonych na rzecz Gminy Jędrzejów Odwołujący podniósł, iż Wykonawca EKOM w JEDZ wskazał, iż umowa zawarta w dniu 29 grudnia 2016 r. z Zamawiającym Gminą Jędrzejów została przez niego wypowiedziana w trybie

natychmiastowym z ważnych powodów zawinionych przez Zamawiającego, natomiast według Odwołującego Gmina Jędrzejów dokonała odstąpienia od umowy z Wykonawcą EKOM z dniem 30 września 2018 r. z winy Wykonawcy.

Na potwierdzenie przedstawionych okoliczności Odwołujący wskazał na następujące dowody:

rozwiązanie umowy nr 332/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. na skutek odstąpienia od umowy z dniem 30 września 2018 r.,

wydruk ze strony internetowej Gminy Jędrzejów,

wypowiedzenie umowy przez Wykonawcę z dnia 1 października 2018 r.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka: W. A. (na adres: Gmina Jędrzejów, ul. 11 Listopada 33a, 28-300 Jędrzejów).

W odniesieniu do usług świadczonych na rzecz Gminy Mogilany Odwołujący zauważył, iż Wykonawca w JEDZ w ogóle nie wskazał przypadku rozwiązania umowy przez zamawiającego - Gminę Mogilany, czym zataił informacje o fakcie zaistnienia w stosunku do niego przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp, a co stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, względnie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że Gmina Mogilany w dniu 27 września 2018 r. dokonała rozwiązania (odstąpienia) umowy z Wykonawcą EKOM z winy Wykonawcy, obciążając go karą pieniężną.

Na potwierdzenie przedstawionych okoliczności Odwołujący wskazał na następujące dowody: wydruk ze strony internetowej Gminy Mogilany, pismo Urzędu Gminy Mogilany z dnia 24 stycznia 2019 r.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka: E.M..

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Zauważył, iż oświadczenie Wykonawcy EKOM zawarte w tym zakresie w JEDZ zawiera w zasadzie jedynie stwierdzenia, że przyczyny rozwiązania umów leżą po stronie zamawiających (brak współpracy) oraz, że to Wykonawca EKOM wypowiedział umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiających. Ponadto jako czynność samoooczyszczenia Wykonawca EKOM wskazał podjęcie od 1 stycznia 2018 roku (pomimo, że rozwiązanie umów z zamawiającymi nastąpiło w II połowie 2018 r.) szeregu niezbędnych, innych działań mających na celu bardziej efektywne gospodarowanie odpadami w ramach prowadzonej działalności. Jednakże składając te wyjaśnienia Wykonawca EKOM poprzestał na gołosłownych twierdzeniach nie popartych żadnymi dowodowymi.

Ponadto zdaniem Odwołującego Wykonawca EKOM umyślnie złożył nieprawdziwe oświadczenia. Z przyczyn bowiem leżących po stronie Wykonawcy EKOM wskazanych w oświadczeniach poszczególnych zamawiających - zamawiający skutecznie dokonali rozwiązania umów łączących ich z Wykonawcą EKOM. Wskutek działań czy zaniechań Wykonawcy EKOM umowy te nie tylko były wykonywane nienależycie w istotnym stopniu w sposób uporczywy, ale ponadto zostały finalnie niewykonane w istotnym i znaczącym stopniu. Przesłanka istotności została zatem również spełniona. Zauważył, iż dodatkowo w każdym z powyższych przypadków rozwiązania umów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy EKOM zostały naliczone kary umowne. Ponadto, ziściła się również przesłanka co do możliwego terminu dokonania wykluczenia, zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Wykonawcy EKOM na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdził, iż wykonawca ten zataił informacje o tym, że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe nie tylko poprzez zawinione nienależyte wykonywanie umów, o których była mowa wcześniej, co zmusiło aż trzech różnych zamawiających do rozwiązania umów z przyczyn leżących po jego stronie, co w sposób ewidentny podważa jego uczciwość i profesjonalną rzetelność, ale również w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe polegające na składowaniu odpadów w miejscu nieprzeznaczonym do składowania. Jak wynika z decyzji Burmistrza Miasta i Gminy Skalmierz znak: GKRIOS.7021-12.2018 z dnia 15 marca 2018 r., która jest decyzją prawomocną i ostateczną, Wykonawca EKOM będąc posiadaczem odpadów komunalnych złożył je w miejscu nieprzeznaczonym do ich składowania, zaś worki do segregacji, w których odpady zostały złożone na przymie, były uszkodzone i widać w nich były frakcje odpadów

niesegregowanych. Nieusunięcie odpadów w wyznaczonym terminie skutkowało wydaniem postanowienia z dnia 20 września 2018 r. znak: GKRIOS.7021-1.28.2018, którym nałożono na Wykonawcę EKOM grzywnę w celu przymuszenia wykonania prawomocnej decyzji z dnia 15 marca 2018 r. Również z ostatecznych decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r. oraz z dnia 9 stycznia 2018 r. wynika niezbicie, że Wykonawca EKOM w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe poprzez chociażby przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia, przetwarzanie odpadów poprzez odzysk poza instalacjami i urządzeniami, gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem na zbieranie odpadów czy zbieranie odpadów bez wymagalnego zezwolenia.

Na potwierdzenie przedstawionych okoliczności Odwołujący wskazał na następujące dowody:

pismo Urzędu Miasta i Gminy Skalbmierz z dnia 27 czerwca 2019 r.,

decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Skalbmierz znak: GKRIOS.7021-1.2.2018 z dnia 15 marca 2018 r.,

upomnienie z dnia 20 lipca 2018 r.,

postanowienie Burmistrza Miasta i Gminy Skalbmierz z dnia 20 września 2018 r., znak: GKRIOS.7021-1.28.2018,

decyzja SKO w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. znak: SKO.OS-60/2564/144/2017, decyzja z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.10.2017,

decyzja z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.11.2017,

decyzja z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.12.2017,

decyzja z dnia 9 stycznia 2018 r. Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.1.2018.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze znajdujących się w aktach sprawy o sygn. akt KIO 1638/17 następujących dokumentów:

decyzji administracyjnej z dnia 9 stycznia 2013 r. (znak: IL7062.71.5.2013) wydanej przez

Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska,

zaświadczenia Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 10 lipca 2017 r.,

potwierdzającego datę ostateczności decyzji z dnia 9 stycznia 2013 r.,

pisma Wykonawcy z dnia z 11 lipca 2017 r., w którym oświadczył, że od decyzji WIOŚ

złożył odwołanie, jednakże decyzja została utrzymana przez GIOŚ i stała się ostateczna

z dniem jej podpisania, tj. 4 stycznia 2017 r.

Odwołujący stwierdził również, iż Zamawiający powinien był wykluczyć Wykonawcę EKOM za złożenie niepełnych i nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca ten oświadczył, że nie zaszył w stosunku do niego okoliczności określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołując się na postanowienie zawarte w sekcji IV w pkt. 1.2. SIWZ w zakresie posiadania aktualnego uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, Odwołujący wskazał, iż na potwierdzenie spełniania wyżej wymienionego warunku Wykonawca EKOM złożył m.in. nieaktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Sędziszowa, z dnia 14 września 2012 r. oraz nieaktualną decyzję Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. dotyczącą zezwolenia na zbieranie odpadów - albowiem zarówno zaświadczenie, jak i decyzja zostały wydane na podmiot nieistniejący, a mianowicie na „EKOM” M. sp. j. z siedzibą w Kielcach. Jak natomiast wynika z KRS siedzibą Wykonawcy są Nowiny, a nie Kielce. W związku z czym zdaniem Odwołującego nie ma

tożsamości pomiędzy podmiotem, na który zostały wydane decyzja i zaświadczenie, a Wykonawcą EKOM. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający w takim przypadku powinien wezwać Wykonawcę EKOM w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący powołał się na postanowienie zawarte w sekcji I pkt. 3 ppkt. 3.7.4 SIWZ oraz rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2014 r., poz. 1923), w którym dla zużytych opon wskazany został kod o numerze: 16 01 03, stwierdzając, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów o kodzie 16 01 03 zużyte opony, gdyż odbiór tego odpadu jest elementem przedmiotu zamówienia wskazanym przez Zamawiającego. Tymczasem w zaświadczeniu o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości złożonym przez Wykonawcę EKOM nie figuruje wpis w zakresie odbioru odpadów o kodzie: 16 01 03 zużyte opony. Wykonawca ten nie spełnił więc warunku udziału w Postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, tj. w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w pełni obejmującego przedmiot zamówienia. Odwołujący zauważył, iż wprowadzie wykonawca ma prawo polegać na zasobach podmiotów trzecich czy też realizować przedmiot zamówienia przy udziale podwykonawców, jednakże Wykonawca EKOM ani nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego ani nie wskazał w ofercie, iż przedmiot zamówienia będzie realizował przez podwykonawców. Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż zaniechanie wykluczenia Wykonawcy EKOM, który nie wykazał posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia oraz udzielenie temu wykonawcy przedmiotowego zamówienia stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jednocześnie - zdaniem Odwołującego - powyższe okoliczności wskazują na to, że Wykonawca EKOM złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, które mają wpływ na wynik Postępowania. W związku z tym Wykonawca EKOM winien został wykluczony z Postępowania, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą. Z tzw. „ostrożności procesowej” Odwołujący podniósł, że z przyczyn wskazanych powyżej, oferta Wykonawcy EKOM nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w sekcji IV w pkt. 1.4.1 SIWZ dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, Wykonawca EKOM złożył najpierw wstępnie oświadczenie w części IV C JEDZ, a następnie na wezwanie Zamawiającego złożył Wykaz narzędzi - Załącznik nr 6 do SIWZ. Ani z oświadczenia zawartego w JEDZ ani z Wykazu narzędzi nie wynika, aby Wykonawca dysponował informatycznym systemem monitorowania pojazdów opartym na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiającym trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o pozycji pojazdów, miejscach postoju, historii tras, przebiegach,

godzinach pracy, oraz systemem czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów (podkreślenie Odwołującego). Zamawiający w takim przypadku powinien wezwać Wykonawcę EKOM w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu/oświadczenia potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w sekcji I pkt 3 ppkt 3.1.3 SIWZ, przedmiot zamówienia obejmuje również „Utworzenie, utrzymanie i obsługę Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK)”. Utworzenie PSZOK oznacza znalezienie terenu, uzyskanie decyzji na zbieranie odpadów oraz decyzji środowiskowej, gdy na PSZOK zbierane będą również metale (jak w niniejszym Postępowaniu, gdzie Zamawiający wskazał na kody odpadów: 15 01 04 oraz 20 01 40 - metale). Odwołujący wskazał, że do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów stosownie do art. 42 ust. 3a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701, ze zm.), dalej jako „ustawa o odpadach”, należy dołączyć m.in.:

- zaświadczenie o niekaralności posiadacza odpadów za przestępstwa przeciwko środowisku na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U.

z 2018 r. poz. 703 i 1277);

- oświadczenie, że w stosunku do: posiadacza odpadów będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą oraz posiadacza odpadów będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej albo wspólnika, prokurenta, członka zarządu lub członka rady nadzorczej tego posiadacza odpadów prowadzącego działalność gospodarczą jako osoba fizyczna - w ostatnich 10 latach nie

wydano ostatecznej decyzji o cofnięciu zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego zbieranie i przetwarzanie odpadów lub nie wymierzono administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w art. 194.

Oświadczenia, o których mowa w ust. 3a pkt 3-5 ustawy o odpadach, składa się pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Odwołujący wskazał, że Wykonawca EKOM, aby spełnić wymagania Zamawiającego zawarte w sekcji III SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia, musi złożyć pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, oświadczenie, że w ostatnich 10 latach nie wydano ostatecznej decyzji o cofnięciu zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego zbieranie i przetwarzanie odpadów lub nie wymierzono administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w art. 194. Wykonawca oświadczenia takiego nie będzie mógł złożyć, z uwagi m.in. na fakt, iż:

- decyzją SKO w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. uchyliło Wykonawcy EKOM zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego;
- decyzją z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.10.2017, wymierzył Wykonawcy EKOM administracyjną karę pieniężną w wysokości 50.000,00 zł, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach,
- decyzją z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.11.2017, wymierzył Wykonawcy EKOM administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000,00 zł, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach,
- decyzją z dnia 12 maja 2017 r. Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.12.2017, wymierzył Wykonawcy EKOM administracyjną karę pieniężną w wysokości 10.000,00 zł, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach,
- decyzją z dnia 9 stycznia 2018 r. Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, znak: IK.7062.71.1.2018, wymierzył Wykonawcy administracyjną karę pieniężną w wysokości 1.000,00 zł, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach.

Na potwierdzenie przedstawionych okoliczności Odwołujący wskazał na dowody w postaci ww. decyzji.

Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca EKOM w momencie składania oferty miał świadomość, że nie będzie mógł samodzielnie utworzyć PSZOK i go utrzymać oraz obsłużyć, czym wprowadził Zamawiającego w błąd. W związku z czym Odwołujący wskazał, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co za tym idzie Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Wykonawca EKOM posiadając wiedzę, iż sam nie będzie mógł starać się o decyzję na zbieranie odpadów koniecznej do utworzenia i obsługi PSZOK nie wskazał mimo tego w ofercie żadnego podwykonawcy.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 12 lipca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko wskazał w szczególności, co następuje:

Powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniu z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt KIO 912/18 Zamawiający wskazał, że nie mógł w oparciu o przepisy art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp wykluczyć Wykonawcy EKOM, albowiem w prowadzonym Postępowaniu nie zastrzeżono skutecznie fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 13 maja 2019 r. nr 2019/S 091-219628 nie wskazał fakultatywnych podstaw wykluczenia z Postępowania, które pojawiają się w SIWZ w rozdziale IV pkt II ppkt 2.12-2.16 SIWZ. Zdaniem Zamawiającego i wbrew stanowisku Odwołującego powyższe zastrzeżenie nie czyni zadość wymogom nałożonym przez ustawodawcę w art. 24 ust 6 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego przywołał fragment uzasadnienia wyroku z dnia 22 maja 2018 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 912/18, stwierdzając, że analogiczna sytuacja miała miejsce w niniejszym Postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż mimo braku takiego obowiązku wobec nieskuteczności dokonanego zastrzeżenia fakultatywnej przesłanki

wykluczenia, rozważając unieważnienie postępowania, wnikliwie zweryfikował informacje zamieszczone przez Wykonawcę EKOM w trybie tzw. „self-cleaningu” i ich prawdziwość nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się do Gminy Jędrzejów, Gminy Zabierzów i Gminy Mogilany o udzielenie stosownych informacji w omawianym zakresie - otrzymane informacje zwrotne potwierdziły oświadczenie Wykonawcy EKOM. Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu nieprawidłowości we współpracy innych podmiotów z Wykonawcą EKOM, Zamawiający te okoliczności jak wspomniano wyżej weryfikował, trudno jednak uznać, że rozwiązanie umowy jest poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, gdyż nie wykazano bezspornie, że było to wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy EKOM. Na te okoliczności Zamawiający nie ma dowodów. Dowody na poparcie nienależytego wykonywania usług przez Wykonawcę EKOM załączone do odwołania również podlegały ocenie przy zapoznaniu się Zamawiającego z treścią odwołania, jednak nie skutkują uwzględnieniem zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego złożenia przez Wykonawcę EKOM nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz nieaktualnej decyzji Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. dotyczącej zezwolenia na zbieranie odpadów Zamawiający wyjaśnił, iż zweryfikował podane przez Wykonawcę EKOM dane dotyczące siedziby zarówno w prowadzonym przez siebie rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jak i w Krajowym Rejestrze Sądowym - z pełnego odpisu KRS niezbicie wynika tożsamość w/w podmiotów, stąd wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o jakich mowa w art. 25 ust 1 Pzp, byłoby w ocenie Zamawiającego niecelowe i jawiłoby się jako nadmierny formalizm.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej zezwalającego na odbiór zużytych opon (kod 16 01 03) Zamawiający stwierdził, iż odbiór opon aktualny będzie dopiero na etapie prowadzenia przez Wykonawcę PSZOK, który to ma zostać zorganizowany przezeń w przyszłości - do dnia 31 grudnia 2019 r. i Zamawiający nie ma możliwości wymagać już na obecnym etapie stosownych dowodów i dokumentów potwierdzających jego utworzenie zgodnie z przepisami. Żeby wyłoniony wykonawca stworzył na terenie Gminy PSZOK wymagane są odrębne zezwolenia, dlatego Zamawiający formułując SIWZ przewidział okres 6-miesięczny na przygotowanie się wykonawców: pozyskanie terenu, uzyskanie stosownych decyzji, zezwoleń i zorganizowanie terenu. Nadto podmiot prowadzący PSZOK nie jest przedsiębiorcą odbierającym odpady, tylko przedsiębiorcą zbierającym odpady. Zatem nie musi on posiadać w omawianym zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Prowadzenie PSZOK i działalności polegającej na zbieraniu odpadów w punktach ich zbiórki to dwa różne rodzaje działalności, także wtedy gdy firma miała zbierać w punkcie zbierania odpadów odpady o kodach, jakie przyjmuje w PSZOK. Ustawa o odpadach nie zabrania zbierania odpadów komunalnych w innych punktach niż PSZOK, nie wyłącza ze zbierania odpadów żadnego rodzaju odpadu (pod warunkiem spełnienia wymagań ustawy o odpadach w tym zakresie i ewentualnie innych ustaw), z wyłączeniem odpadów zielonych, zmieszanych, nie ogranicza kręgu podmiotów, od których te odpady można przyjąć, ani nie wyłącza jednoczesnego prowadzenia PSZOK i punktu zbierania odpadów. Jednakże o ile prowadzenie PSZOK odbywa się na podstawie ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach z uwzględnieniem niektórych wymagań ustawy o odpadach jak np. obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów czy prowadzenia ewidencji według zasad art. 66 i n. ustawy o odpadach, to prowadzenie zbierania odpadów odbywa się wyłącznie na podstawie ustawy o odpadach.

Za nietrafny Zamawiający uznał również kolejny zarzut, iż Wykonawca EKOM nie wykazał spełnienia warunku określonego w sekcji IV pkt 1.4.1. SIWZ w zakresie „dysponowania informatycznym systemem monitorowania pojazdów opartym na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiającym trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie pozycji pojazdów, miejsc postoju, historii tras, przebiegach, godzinach pracy oraz system czujników zapisujących miejsce wyładunku”. Zamawiający wskazał, iż w JEDZ złożonym przez Wykonawcę EKOM na str. 21 jest zawarta stosowna informacja w omawianym zakresie. Nadto wyposażenie pojazdów wożących odpady jest uregulowane w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 7 października 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów, a Wykonawca złożył przecież oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, którego Zamawiający aktualnie nie ma podstaw kwestionować.

Zamawiający nie zgodził się również z postawionym przez Odwołującego zarzutem, iż po pierwsze Wykonawca EKOM nie ma możliwości zorganizowania PSZOK zgodnie z wymogami ustawy, oraz po drugie, że Wykonawca EKOM nie wskazał żadnych podwykonawców, którym ma zamiar powierzyć wykonanie zamówienia w tej części i z tej przyczyny postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia. Zdaniem Zamawiającego brak zamieszczenia w ofercie informacji dotyczącej części zamówienia, jaką Wykonawca zamierza powierzyć

podwykonawcy, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie występuje przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na poparcie tego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1073/18. Ponadto Zamawiający, z daleko idącej ostrożności - jak wskazał, podniósł również, że nawet jeśliby uznać zarzuty Odwołującego za trafne (co Zamawiający kwestionuje), to umowa z Odwołującym i tak nie zostałaby zawarta, a przetarg należałoby unieważnić, wobec treści art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Gmina Sędziszów na realizację zamówienia zaplanowała kwotę ok. 1 mln 900 tys. zł, zaś oferta cenowa złożona przez Odwołującego opiewa na ponad 4 mln 650 tys. zł i przekracza planowany na ten cel budżet prawie dwukrotnie. Oferta Wykonawcy EKOM oszacowana została na 3 mln 220 tys. zł, więc jest aż o ok. 1 mln 500 tys. zł tańsza od oferty Odwołującego, choć i tak przekracza zaplanowany wydatek o ok. 170 %. Zamawiający stwierdził, iż kwestionuje interes prawny Odwołującego, albowiem nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, nie uzyskuje on dla siebie przedmiotowego zamówienia.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 lipca 2019 r. Wykonawca EKOM zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 11 lipca 2019 r. Wnosząc o oddalenie odwołania Przystępujący wskazał w szczególności co następuje:

Przystępujący stwierdził, iż wobec braku wskazania przez Zamawiającego przesłanek fakultatywnych w ogłoszeniu o zamówieniu, przesłanki te nie mogą być badane przez Zamawiającego w Postępowaniu, jako że nie zostały zastrzeżone skutecznie przez Zamawiającego w Postępowaniu. Badanie zatem oświadczeń Wykonawcy EKOM o nieistnieniu wobec niego fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1, art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp przez Zamawiającego jest pozbawione jakiejkolwiek doniosłości prawnej. Brak przesłanek fakultatywnych w ogłoszeniu, pomimo ich wskazania w SIWZ, nie skutkuje bowiem możliwością brania tych przesłanek pod uwagę przez Zamawiającego przy badaniu oferty i JEDZ-a. Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, specyfikacją istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5. Z kolei z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. W tej sytuacji niewystarczającym, a w konsekwencji nieskutecznym, było zatem wskazanie tych podstaw fakultatywnych jedynie w SIWZ, przy jednoczesnym pominięciu obowiązku ich zastrzeżenia w podstawowym dokumencie wszczynającym postępowanie, jakim jest ogłoszenie o zamówieniu. Tym samym, Zamawiający nie ma prawa badać w niniejszym Postępowaniu spełnienia przesłanek fakultatywnych przez Wykonawcę EKOM, a odwołanie w tym zakresie jest niezasadne. Na potwierdzenie powyższej linii orzecniczej Przystępujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 912/18).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego złożenia przez Wykonawcę EKOM nieaktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz nieaktualnej decyzji Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. dotyczącej zezwolenia na zbieranie odpadów Przystępujący stwierdził, iż nie sposób zgodzić się z Odwołującym jakoby ww. decyzja i zaświadczenie były wydane na podmiot nieistniejący. Przystępujący wyjaśnił, iż zwrócił się z wnioskiem o zmianę danych adresowych na zaświadczeniu o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i do tej pory wniosek ten nie został rozpatrzony, co nie jest winą Przystępującego, który to dołożył należytej staranności celem zaktualizowania danych adresowych w zaświadczeniu. Ponadto Przystępujący wskazał, iż dysponuje decyzjami Starostwa Powiatowego w Kielcach dotyczącymi zezwolenia na zbieranie odpadów oraz decyzją zmieniającą dane adresowe siedziby spółki z dnia 17 września 2014 r., wobec czego nie sposób uznać, iż Przystępujący nie posiada aktualnej decyzji Starostwa Powiatowego wystawionej na swoją spółkę ze zaktualizowanym adresem spółki, zmienionym w sposób urzędowy - decyzją Starostwa. Potwierdza to również Decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 6 lipca 2015 r., w której widnieje aktualny adres siedziby spółki - tj. ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny. W związku z powyższym Przystępujący stwierdził, iż zarzuty Odwołującego jakoby ww. zaświadczenie i decyzja Starostwa odnosiły się do nieistniejącego podmiotu są dalece chybione, spółka EKOM M. sp. j. nie zmieniła bowiem nigdy swojej nazwy, a jedynie dokonała zmiany siedziby, o czym zarówno Starostwo Powiatowe w Kielcach, jak i Burmistrz Miasta Kielce zostali stosownie poinformowani. Zmiana danej adresowej siedziby spółki nie świadczy zatem o tym, iż zaświadczenie czy decyzja są wydane na podmiot nieistniejący.

Na potwierdzenie przedstawionych twierdzeń Przystępujący wskazał na następujące dowody:

- Zaświadczenie o wpisie EKOMM. s.j. do RDR z dnia 14 września 2012 r.
- Decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 1 grudnia 2014 r.
- Decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r.
- Decyzja zmieniająca decyzję Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 17 września 2014 r.
- Decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 6 lipca 2015 r.

Zdaniem Przystępującego nie sposób zgodzić się również z kolejnym zarzutem Odwołującego dotyczącym braku spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, tj. w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w pełni obejmującego przedmiot zamówienia. Przystępujący wskazał, iż w sekcji I pkt 3 ppkt 3.4 SIWZ zostały wskazane rodzaje odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości i konkretne kody tychże odpadów, a kod 16 01 03 nie figuruje wśród tychże kodów. Tym samym nie można uznać, iż z SIWZ wynika wymóg posiadania tego kodu. Ponadto Przystępujący wskazał, iż posiada w dotychczas wydanych decyzjach przez Starostwo Powiatowe w Kielcach zezwolenie na odbiór odpadów o tymże kodzie oraz na wszystkie pozostałe kody wskazane przez Zamawiającego w sekcji I pkt 3 ppkt 3.4. SIWZ (Decyzja Starostwa Powiatowego w Kielcach z 6 lipca 2015 r.). Na potrzeby zaś niniejszego Postępowania Przystępujący spełni wszystkie wymogi w zakresie kodów odbierania odpadów wymaganych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Mając na uwadze wskazaną argumentację Przystępujący stwierdził, iż postawione w odwołaniu zarzuty są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego kwestionujące występowanie po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Po pierwsze, w ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do okoliczności znanych mu w chwili wniesienia odwołania.

Po drugie, należy wskazać, iż zamawiający w każdej chwili może podjąć decyzję o dofinansowaniu zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia. A zatem do czasu

unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające cenę przekraczającą budżet zamawiającego,

nie można tylko z tego powodu odmówić posiadania legitymacji do wniesienia odwołania (podobnie np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2016 r. KIO 2217/16). Po trzecie, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym aktualnie w orzecznictwie pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia nie należy odnosić wyłącznie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz do konkretnego przedmiotu zamówienia, którego szansę uzyskania wykonawca może mieć także w kolejnym postępowaniu wszczętym po unieważnieniu uprzednio prowadzonego (podobne stanowisko wyraził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 Fastweb oraz w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE)). Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu nie została przez Zamawiającego wskazana żadna z fakultatywnych przesłanek wykluczenia z Postępowania.

W SIWZ Zamawiający zawarł w szczególności następujące postanowienia:

Zgodnie z punktem I. 3.1.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych

i niezamieszkałych z terenu gminy Sędziszów”, a zgodnie z punktem I. 3.1.3 SIWZ także utworzenie, utrzymanie i obsługa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK).

W punkcie I. 3.4 SIWZ zostały wskazane rodzaje odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości: a) papier, tektura - 15 01 01, 20 01 01, b) szkło - 15 01 07, 20 01 02, c) tworzywa sztuczne - 15 01 02, 20 01 39, d) metal - 15 01 04, 20 01 40, e) opakowania wielomateriałowe - 15 01 05, 15 01 06, f) inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny - 20 01 99, g) odpady kuchenne ulegające biodegradacji - 20 01 08, h) detergenty - 20 01 29*, 20 01 30, i) akumulatory - 20 01 34, j) odzież i tekstylia - 20 01 10; 20 01 11, k) odpady wielkogabarytowe - 20 03 07, l) odpady budowlane i rozbiórkowe - ex 20 03 99, m) odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach - 20 03 99, n) leki - 20 01 31*, 20 01 32, o) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - 20 03 01.

Postanowienia dotyczące sposobu i częstotliwości odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zostały zawarte w punkcie I. 3.7 SIWZ, w tym między innymi:

3.7.4 Odpady wielkogabarytowe, meble, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, leki i chemikalia, baterie i akumulatory oraz zużyte opony przekazywane będą przez właścicieli nieruchomości do punktu selektywnej zbiórki odpadów (PSZOK) skąd będą odbierane - na zgłoszenie zarządcy, a ponadto odbieranie wystawionych przez mieszkańców ww. odpadów odbywać się będzie bezpośrednio sprzed nieruchomości - nie rzadziej niż 2 razy w roku w miesiącach marzec - maj oraz wrzesień-listopad, wg podanych do publicznej wiadomości harmonogramów objazdu.

Zgodnie z punktem 3.12.1 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia i obsługi Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), zlokalizowanego na terenie gminy Sędziszów. Teren winien być utwardzony, skanalizowany, ogrodzony, oświetlony, monitorowany lub dozorowany oraz oznakowany w widoczny sposób. Zgodnie z punktem

3.12.1.1 SIWZ Wykonawca ma obowiązek zorganizować PSZOK zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zapisami SIWZ najpóźniej do dnia 31.12.2019 r. Do czasu zorganizowania PSZOK przez Wykonawcę, Wykonawca będzie odbierał odpady zebrane w sposób selektywny z PSZOK prowadzonego przez gminę Sędziszów. Zgodnie z punktem

3.12.1.2 SIWZ do PSZOK przyjmowane będą bez limitu niżej wymienione odpady komunalne zbierane w sposób selektywny, wytworzone i dostarczone przez właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Sędziszów: a) papier i tektura, b) szkło bezbarwne i kolorowe, c) tworzywa sztuczne, d) metal, e) opakowania wielomateriałowe, f) odpady komunalne ulegające biodegradacji, g) odpady zielone, h) leki i chemikalia, i) zużyte baterie i akumulatory, j) zużyte opony, k) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, l) meble i inne odpady wielkogabarytowe, m) odpady budowlane i rozbiórkowe.

Zgodnie z punktem I. 3.15.4 SIWZ Zamawiający dopuszcza realizację zamówienia przy pomocy podwykonawców. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom i podania firm (nazw) podwykonawców.

Zgodnie z punktem IV 1.2 w Postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy którzy, posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności [dotyczące]: 1.2.1. posiadania aktualnego zezwolenia właściwego organu na zbieranie lub na zbieranie i przetwarzanie odpadów wydane w trybie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. - o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 992 z późn. zm.) lub pozwolenia zintegrowanego, o którym mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 799 z późn. zm.); 1.2.2. posiadania aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Sędziszowa jako organu właściwego; 1.2.3. posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 992 z późn. zm.).

W punkcie IV. 1.4.1 SIWZ został określony warunek udziału w Postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. informatycznym systemem monitorowania pojazdów opartym na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiającym trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o pozycji pojazdów, miejscach postoju, historii tras, przebiegach, godzinach pracy, oraz systemem czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, a dla pojazdów typu śmieciarka winien obrazować także miejsca załadunku pojemników, umożliwiając weryfikację tych danych.

W punkcie IV. 2.14 SIWZ Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z Postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast w punkcie IV. 2.15 - fakultatywną przesłankę wykluczenia z Postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy

Pzp.

W treści formularza ofertowego Wykonawca EKOM złożył oświadczenie, iż zamierza zrealizować zamówienie bez pomocy podwykonawców. Również w JEDZ Wykonawca EKOM złożył oświadczenie, iż nie zamierza zlecić podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

Ponadto Wykonawca EKOM złożył w JEDZ oświadczenie, iż będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia, tj. w odniesieniu do warunku określonego w punkcie IV. 1.4.1 SIWZ Wykonawca EKOM wskazał: „1. Informatyczny system monitorowania pojazdów oparty na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiający trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o pozycji pojazdów, miejscach postoju, historii tras, przebiegach, godzinach pracy.”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca złożył między innymi: wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia sporządzony na formularzu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (w treści którego brak było informacji w zakresie systemu czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów), zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 14 września 2012 r. (z adresem w Kielcach, ul. Paderewskiego 18) oraz decyzję Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. (z adresem w Kielcach, ul. Paderewskiego 18) wraz z decyzją Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 17 września 2014 r. zmieniającą decyzję z dnia 13 maja 2014 r. w zakresie adresu siedziby spółki: z ul. Paderewskiego 18, 25-004 Kielce na ul. Zakładową 29, 26-052 Nowiny.

W dokumentacji postępowania znajduje się wydruk z Rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - Gmina Sędziszów, w którym widnieje między innymi: „Ekom M. Spółka Jawna ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny”. Ww. rejestr zamieszczony jest również na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Wykonawcy EKOM jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci:

decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017,

decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017,

decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017,

decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018

- Izba ustaliła, iż Wykonawcy EKOM czterokrotnie wymierzono administracyjną karę pieniężną, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach. Ponadto Izba ustaliła, iż ww. decyzje Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r. są ostateczne (nadane im zostały klauzule ostateczności). Ponadto, wprawdzie pieczęć na decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r. jest nieczytelna, jednakże wobec braku ustosunkowania się przez Przystępującego do ww. dowodów, pomimo, iż wykonawca ten brał udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika, mając na uwadze, iż postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, należało uznać, iż także ta decyzja jest decyzją ostateczną, jak i że na żadną z tych decyzji nie została wniesiona skarga do sądu administracyjnego.

Na podstawie złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. SKO.OŚ-60/2564/144/2017 Izba ustaliła, iż Wykonawcy EKOM, na podstawie m.in. art. 47 ust. 2 ustawy o odpadach, zostało cofnięte bez odszkodowania zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie

zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego decyzją z dnia 2 września 2015 r. Jak wynika z treści decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. decyzja ta jest decyzją ostateczną.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 i art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z zeznań świadków oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy o sygn. akt 1638/17 uznając, iż przeprowadzenie tych dowodów nie ma istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy z uwagi na stanowisko zajęte przez Izbę w odniesieniu do zarzutów zaniechania wykluczenia Wykonawcy EKOM z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp i związanych z nimi zarzutów zaniechania wykluczenia Wykonawcy EKOM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp oraz zarzutu niezasadnego zastosowania przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Z tych samych powodów Izba pominęła dowody z dokumentów załączone przez Odwołującego do odwołania - na potwierdzenie ww. zarzutów.

Natomiast dowody, jakie zostały przedstawione przez Przystępującego (ogłoszenie o zamówieniu, zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, decyzje administracyjne oraz wyciąg z SIWZ) stanowiły już materiał dowodowy niniejszej sprawy z uwagi na fakt, iż wchodziły w zakres dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Wykonawcy EKOM z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp i związane z nimi zarzuty zaniechania wykluczenia Wykonawcy EKOM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp oraz zarzut bezpodstawnego zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadne. W tym zakresie skład orzekający Izby podzielił w całości stanowisko przedstawione uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 maja 2018 r. sygn. akt KIO 912/18. Jak wskazała Izba w ww. wyroku: „Dostrzeżenia wymagało, że analizowane postępowanie zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 36. ust. 1 pkt 5a Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5. Z kolei żart. 41 pkt 7 ustawy Pzp wynika, że ogłoszenie o zamówieniu, prowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. W tej sytuacji niewystarczającym, a w konsekwencji nieskutecznym było zatem wskazanie tych podstaw jedynie w SIWZ, przy jednoczesnym pominięciu obowiązku ich zastrzeżenia w podstawowym dokumencie wszczynającym postępowanie, jakim jest ogłoszenie o zamówieniu.” Za niezasadną Izba uznała argumentację przedstawioną przez Odwołującego, albowiem opiera się ona wyłącznie na wykładni przepisu art. 24 ust. 6 ustawy Pzp w oderwaniu od innych przepisów ustawy Pzp, mających dla prawidłowego sposobu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie. W przypadku zatem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego badanie przez zamawiającego występowania w stosunku do wykonawcy fakultatywnych przesłanek wykluczenia uzależnione jest od wcześniejszego ich przewidzenia zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. W niniejszej sprawie bezsporną była okoliczność, iż Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp jedynie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podstawy te nie zostały natomiast wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższe skutkuje brakiem po stronie Zamawiającego możliwości zastosowania w Postępowaniu ww. podstaw wykluczenia i w konsekwencji koniecznością uznania podniesionych w tym zakresie zarzutów za niezasadne. W ten sam sposób musiały również zostać ocenione - powiązane z powyższymi - zarzut bezpodstawnego zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz zarzuty zaniechania wykluczenia Wykonawcy EKOM z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Skoro zostało uznane, iż fakultatywne przesłanki wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 nie zostały skutecznie zastrzeżone, to przekazywane w tym zakresie przez Wykonawcę EKOM informacje nie mogą zostać uznane za informacje odnośnie niepodlegania wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) lub informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), jak również za pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia dla Postępowania należy uznać okoliczność skorzystania przez Przystępującego z instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż nie dokonywała oceny mającej miejsce rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kontekście ewentualnego ziszczenia się przesłanki do unieważnienia Postępowania, z uwagi na fakt, iż w tym zakresie zarzut taki nie został przez Odwołującego postawiony (został postawiony w odniesieniu do innych okoliczności wskazanych in fine odwołania), a w odwołaniu nie zostało zawarte żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Zarzut dotyczący złożenia przez Wykonawcę EKOM nieaktualnego zaświadczenia z dnia 14 września 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz nieaktualnej decyzji Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. dotyczącego zezwolenia na zbieranie odpadów nie potwierdził się. Jak bowiem wynika z dokumentacji Postępowania Wykonawca EKOM wraz z decyzją Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 13 maja 2014 r. Wykonawca EKOM złożył jednocześnie decyzję Starostwa Powiatowego w Kielcach z dnia 17 września 2014 r. zmieniającą decyzję z dnia 13 maja 2014 r. w zakresie adresu siedziby spółki z ul. Paderewskiego 18, 25-004 Kielce na ul. Zakładową 29, 26-052 Nowiny. Z kolei w odniesieniu do ww. zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości należy wskazać, iż w dokumentacji Postępowania znajduje się wydruk z Rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - Gmina Sędziszów, w którym widnieje między innymi: „Ekom M. Spółka Jawna ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny”. Powyższe potwierdza zatem twierdzenie Przystępującego odnośnie złożenia przez niego wniosku o dokonanie zmiany wpisu do rejestru. Mając jednocześnie na uwadze fakt, iż to sam Zamawiający jest organem prowadzącym ww. rejestr, żądanie uzupełnienia przez Wykonawcę EKOM ww. zaświadczenia zawierającego aktualny adres w sytuacji gdy adres ten jest już wpisany do rejestru, odnośnie którego zaświadczenie miałby przedstawić wykonawca, należy - dzieląc w tym zakresie stanowisko Zamawiającego - uznać za nieuzasadniony formalizm.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego odbiór zużytych opon (kod 16 01 03) należy wskazać, iż jak podkreśla się w orzecznictwie oraz doktrynie zamawiający obowiązany jest do dokonania jednoznacznego opisu warunku udziału w postępowaniu, a wątpliwości jakie pojawiają się w tym zakresie na etapie badania ofert interpretowane są na korzyść wykonawców. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający dokonał opisu jednego z warunków udziału w Postępowaniu poprzez wskazanie wymogu posiadania aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Sędziszowa jako organu właściwego (pkt IV. 1.2.2. SIWZ). Jednocześnie w punkcie I. 3.4 SIWZ zostały wskazane rodzaje odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości, wśród których nie został wymieniony kod 16 01 03. Istotnie, o „zużytych oponach” mowa jest w dwóch innych postanowieniach SIWZ, wskazanych przez Odwołującego, z czego jedno dotyczy częstotliwości odbioru odpadów, a drugie - zawiera katalog odpadów komunalnych przyjmowanych do PSZOK. Mając na uwadze przyjętą systematykę postanowień SIWZ wydaje się, iż to postanowieniu zawartemu w punkcie I. 3.4 SIWZ Zamawiający przypisał podstawowe znaczenie w kontekście wykazania się przez wykonawcę spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu określonego jako posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Sędziszowa jako organu właściwego. Mając na uwadze powstałe w tym zakresie wątpliwości, a w szczególności fakt, iż w żadnym z postanowień SIWZ nie zostało wprost wskazane, iż objęty warunkiem z punktu IV 1.2.2. wpis do rejestru ma obejmować kod 16 01 03, Izba uznała, iż niezłożenie przez Wykonawcę EKOM dokumentu potwierdzającego posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Sędziszowa, w zakresie odbioru odpadów o kodzie 16 01 03 (zużyte opony) - nie może stanowić podstawy uznania, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia ww. warunku i w konsekwencji wykluczenia go z Postępowania. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, iż ewentualne uznanie ww. zarzutu za zasadny musiałoby skutkować nakazaniem Zamawiającemu wezwania Przystępującego do wykazania spełnienia przedmiotowego warunku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w odwołaniu nie został postawiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystosowania do Przystępującego żądania w ww. zakresie, jak też nie zostało określone w odwołaniu odpowiadającemu temu zarzutowi żądanie.

Natomiast za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w zakresie wskazanego tam wymogu dotyczącego systemu czujników zapisujących miejsce wyladunku. Należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez Przystępującego na rozprawie, tj. że w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze wykazu stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ nie zostało przewidziane i wskazane miejsce, gdzie należało podać

informacje potwierdzające spełnianie przedmiotowego warunku w ww. zakresie (tj. w zakresie systemu czujników zapisujących miejsce wypadku), jak i że zawarta pod tabelą dodatkowa adnotacja, która nie była wymagana zgodnie z SIWZ, nie może świadczyć o niespełnianiu warunku przez Przystępującego. Jednakże w takiej sytuacji należy odwołać się do treści wstępnego oświadczenia zawartego w JEDZ. Tymczasem Przystępujący także w JEDZ nie potwierdził spełniania ww. wymogu w ramach warunku określonego w sekcji IV pkt 1.4.1. SIWZ, gdyż wskazał na jego spełnienie jedynie w następującym zakresie: „1. Informatyczny system monitorowania pojazdów oparty na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiając trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o pozycji pojazdów, miejscach postoju, historii tras, przebiegach, godzinach pracy.”, a zatem nie potwierdził spełniania warunku w zakresie systemu czujników zapisujących dane o miejscach wypadku odpadów. W tej sytuacji Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę EKOM do uzupełnienia oświadczenia złożonego w zakresie potwierdzania spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w sekcji IV pkt 1.4.1. SIWZ, co jednak nie miało miejsca w Postępowaniu i z tego powodu Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu dokonanie wezwania Wykonawcy EKOM z uwagi na brak żądania postawionego w tym zakresie w SIWZ jak i uznanie, iż oferta złożona przez tego wykonawcę winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ ze wskazanych poniżej powodów.

Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu realizacja przedmiotu zamówienia ma między innymi polegać na utworzeniu, utrzymaniu i obsłudze PSZOK, do czego konieczne jest między innymi uzyskanie decyzji na zbieranie odpadów (okoliczność przez drugą stronę niezaprzeczona). Odwołujący powołał się na regulację art. 42 ust. 3a ustawy o odpadach, z której wynika, iż do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów należy dołączyć m. in. oświadczenie, że w stosunku do: posiadacza odpadów będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą oraz posiadacza odpadów będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej albo wspólnika, prokurenta, członka zarządu lub członka rady nadzorczej tego posiadacza odpadów prowadzącego działalność gospodarczą jako osoba fizyczna - w ostatnich 10 latach nie wydano ostatecznej decyzji o cofnięciu zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów, zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytworzenie odpadów uwzględniającego zbieranie i przetwarzanie odpadów lub nie wymierzono administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach. Zgodnie natomiast z przepisem art. 46 ust. 1a ustawy o odpadach właściwy organ odmawia wydania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów przedsiębiorcy będącemu osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jeżeli w stosunku do: 1) tego przedsiębiorcy lub 2) wspólnika, prokurenta, członka rady nadzorczej lub członka zarządu tego przedsiębiorcy, prowadzącego działalność gospodarczą jako osoba fizyczna - wydano decyzję, o której mowa w art. 47 ust. 2 tej ustawy, a nie minęło 10 lat od dnia, gdy decyzja o cofnięciu zezwolenia stała się ostateczna. Zgodnie z art. 47 ust. 2 ustawy o odpadach w przypadku gdy posiadacz odpadów, o którym mowa w ust. 1 i 1a, mimo wezwania nadal narusza przepisy ustawy, działa niezgodnie z wydanym zezwoleniem, narusza wymagania dotyczące ochrony przeciwpożarowej lub gdy prowadzony przez niego zakład recyklingu statków nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia 1257/2013, właściwy organ cofa to zezwolenie, w drodze decyzji, bez odszkodowania, określając termin jej wykonania. Na podstawie złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. Izba ustaliła, iż Wykonawcy EKOM, na podstawie m.in. art. 47 ust. 2 ustawy o odpadach, zostało cofnięte bez odszkodowania zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów udzielone przez Starostę Kazimierskiego decyzją z dnia 2 września 2015 r. Jak wynika z treści decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2017 r. decyzja ta jest decyzją ostateczną. Zgodnie natomiast z przepisem art. 46 ust. 1e pkt 1) lit b) ustawy o odpadach właściwy organ odmawia wydania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów: 1) przedsiębiorcy będącemu osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jeżeli trzykrotnie: b) wymierzono mu administracyjną karę pieniężną, o której mowa w art. 194 tej ustawy. Na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci: decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.10.2017, decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.11.2017, decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 12 maja 2017 r., znak: IK.7062.71.12.2017 oraz decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r., znak: IK.7062.71.1.2018 - Izba ustaliła, iż Wykonawcy EKOM czterokrotnie wymierzono administracyjną karę pieniężną, o której mowa w art. 194 ustawy o odpadach. Ww. decyzje Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony

Środowiska z dnia 12 maja 2017 r. są ostateczne (nadane im zostały klauzule ostateczności). Ponadto, wprowadzając pieczęć na decyzji Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r. jest nieczytelna, jednakże wobec braku ustosunkowania się przez Przystępującego do ww. dowodów, pomimo, iż wykonawca ten brał udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika, mając na uwadze, iż

postępowanie odwoławcze przed Izba jest postępowaniem kontradiktoryjnym, należało uznać, iż także ta decyzja jest decyzją ostateczną, jak i że na żadną z tych decyzji nie została wniesiona skarga do sądu administracyjnego. Z powyższego wynika zatem, iż w stosunku do Przystępującego zachodzą przesłanki odmowy wydania zezwolenia na zbieranie odpadów wskazane w art. 46 ust. 1a oraz ust. 1e pkt 1) lit b) ustawy o odpadach. Przystępujący nie uzyskując ww. zezwolenia na zbieranie odpadów nie zrealizuje części przedmiotu zamówienia w zakresie utworzenia, utrzymania i obsługi PSZOK. Zarówno bowiem w formularzu ofertowym jak i dokumencie JEDZ Przystępujący oświadczył, iż zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie (bez pomocy podwykonawców). W konsekwencji należy uznać, iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ, albowiem zgodnie z SIWZ wymagane przez Zamawiającego świadczenie obejmuje m.in. utworzenie, utrzymanie i obsługę PSZOK, tymczasem w świetle ww. okoliczności i dowodów Wykonawca EKOM nie będzie w stanie wywiązać się z tej części umowy. Rozpoznając niniejszy zarzut Izba za istotną uznała m.in. okoliczność, iż Przystępujący prawie w ogóle do tego zarzutu się nie ustosunkował, ograniczając się do stwierdzenia, iż jest to zarzut przedwczesny, a ewentualną niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ będzie można ocenić dopiero na etapie realizacji umowy. W szczególności, Przystępujący nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego co do tego, iż nie będzie on mógł uzyskać zezwolenia na zbieranie odpadów. Skoro bowiem Przystępujący oświadczył w ofercie, iż sam zrealizuje zamówienie, to powinien był w odpowiedzi na postawiony w odwołaniu zarzut wskazać, w jaki sposób planuje to uczynić. Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca winien wiedzieć w jaki sposób ma zamiar zrealizować zamówienie - brak takiej wiedzy w zakresie wymaganym specyfikacją wyklucza możliwość uznania, iż oferta tego wykonawcy jest z tą specyfikacją zgodna. Nieprzedstawienie stanowiska w tym zakresie Izba wzięła zatem pod uwagę dokonując oceny niniejszego zarzutu. Również Zamawiający nie zakwestionował twierdzeń Odwołującego co do braku możliwości uzyskania przez Przystępującego zezwolenia na zbieranie odpadów, stwierdzając jedynie, iż część przedmiotu zamówienia dotycząca PSZOK będzie mogła zostać zrealizowana przez Przystępującego przy pomocy podwykonawcy, natomiast brak wskazania tego podwykonawcy w treści oferty nie świadczy o sprzeczności oferty Przystępującego z SIWZ. Należy wskazać, iż skład orzekający Izby podziela przedstawione przez Zamawiającego stanowisko co do tego, iż brak wskazania w ofercie konkretnych podwykonawców nie stanowi o sprzeczności tej oferty z SIWZ. Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Jednakże postawiony przez Odwołującego zarzut do tego w ogóle się nie odnosi - nie chodzi bowiem o sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na braku wskazania podwykonawcy, lecz sprzeczność polegającą na objęciu przedmiotem zamówienia zadań związanych z utworzeniem, utrzymaniem i obsługą PSZOK w sytuacji, w której w świetle przedstawionych przez Odwołującego okoliczności i dowodów oraz treści oświadczenia Przystępującego o samodzielnej realizacji zamówienia - Przystępujący nie będzie w stanie tej części zamówienia zrealizować. Nie może zasługiwać na aprobatę stanowisko Zamawiającego, który wbrew jednoznacznemu oświadczeniu zawartemu przez Przystępującego w ofercie co do braku zamiaru powierzenia części przedmiotu zamówienia podwykonawcy (zawartemu zarówno w formularzu ofertowym, jak i dokumencie JEDZ) zakłada, że być może jednak Przystępujący zmieni zdanie i powierzy tę część zamówienia podwykonawcy, choć deklaracji takiej nie przedstawił nawet w toku postępowania odwoławczego po zapoznaniu się z treścią odwołania. Stanowisko Zamawiającego dziwi tym bardziej, iż nie chodzi w tym przypadku tylko o ryzyko niewykonania zobowiązania umownego, choć i to winno mieć dla zamawiających bardzo istotne znaczenie. Postawiony w tym zakresie zarzut odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia, którego wykonanie bez posiadania zezwolenia jest niezgodne z przepisami prawa. Należy podkreślić, iż oceny treści oferty pod kątem jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy dokonywać biorąc pod uwagę oświadczenia, jakie w tej ofercie zostały zawarte. W konsekwencji Izba uznała, iż potwierdził się zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, co skutkowało nakazaniem Zamawiającemu dokonania jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast za niezasadny Izba uznała postawiony jednocześnie przez Odwołującego w odniesieniu do ww. okoliczności zarzut zaniechania unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił jak treść oferty jednego z wykonawców może stanowić wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: