

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.07.2019 r. przez wykonawcę FCC Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina i Miasto Nisko, Plac Wolności 14, 37-400 Nisko w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko”, (nr postępowania ZP.271.22.2019)

przy udziale wykonawcy Miejski Zakład Komunalny Nisko Spółka z o.o., ul. Szklarniowa 1, 37-400 Nisko zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości 19 527 zł 74 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset dwadzieścia siedem złotych i siedemdziesiąt cztery grosze) obciąża Odwołującego - FCC Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FCC Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawcy FCC Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg na rzecz zamawiającego - Gmina i Miasto Nisko, Plac Wolności 14, 37-400 Nisko kwotę w wysokości 4 527 zł 74 gr (słownie: cztery tysiące pięćset dwadzieścia siedem złotych i siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę z udziałem Stron.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1475/19

Zamawiający - Gmina i Miasto Nisko, Plac Wolności 14, 37-400 Nisko prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko”, (nr postępowania ZP.271.22.2019)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 24.05.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz.

U. UE pod numerem 2019/S 100 - 242295.

W dniu 19.07.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.07.2019 r. przez wykonawcę FCC Tarnobrzeg sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko”, nr postępowania u Zamawiającego: ZP.271.22.2019, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 100-242295, polegające na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia z udziału w Postępowaniu wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o.,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o., jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) wyborze oferty wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w Postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że opisanym wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego

zarzuca:

1) Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p. w zw. z punktem 6.2. ppkt 3) SIWZ poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie wykonawcy MZK Nisko z udziału w postępowaniu pomimo faktu, iż nie spełnia on określonego w SIWZ warunku udziału w Postępowaniu w postaci legitymowania się wpisem do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z Ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i

elektronicznym (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1466);

2) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p. w zw. z punktem

6.2. ppkt 3) SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MZK Nisko, pomimo okoliczności, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;

3) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZK Nisko, jako zawierającej rażąco niską cenę;

4) Naruszenie art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty MZK Nisko, jako najkorzystniejszej, pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Mając na uwadze powyższe wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, a w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez MZK Nisko Sp. z o.o. z siedzibą w Nisku;
- 2) Wykluczenia MZK Nisko Sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu;
- 3) Odrzucenia oferty MZK Nisko Sp. z o.o.
- 4) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego;
- 5) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 6) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000, 00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (adwokata/radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym; Odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie;
- 7) Przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania.

Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego

Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym zostało udzielone w dniu 26 lipca 2019 r. przez Pana P. Sz. - Prezesa Zarządu oraz Pana M. P. - Członka Zarządu, uprawnionych do reprezentacji Odwołującego zgodnie z zasadami reprezentacji Odwołującego ujawnionymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (dalej jako: „KRS”). Zgodnie z danymi ujawnionymi w KRS, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu działającego łącznie z prokurentem. W przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest prezes lub członek zarządu samodzielnie. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa oraz wydrukiem informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego przedkładam w załączeniu.

> Wpis od odwołania

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie są usługi, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi. Stąd od niniejszego odwołania uiszczono wpis w wysokości 15.000 zł, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenie 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. Potwierdzenie uiszczenia wskazanej

kwoty przedkładam w załączeniu.

> Termin do wniesienia odwołania

Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 19 lipca 2019 r. Tym samym stwierdzić należy, że dziesięciodniowy termin do wniesienia niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) PZP został zachowany.

> Przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu

Kopia niniejszego odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 PZP, została przesłana Zamawiającemu faksem na numer podany w SIWZ: + 48 15 841 56 30, a także e-mailem na adres poczty elektronicznej podany w SIWZ: . Potwierdzenia wysłania odwołania faksem oraz emailem przedstawiam w załączeniu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Jak wskazał Odwołujący w pierwszej części uzasadnienia Gmina Nisko (dalej jako: „Zamawiający”) ogłosiła postępowanie nr ZP.271.22.2019 o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko” (dalej również jako: „Postępowanie”).

W treści punktu III.1.1) ogłoszenia o wyżej oznaczonym zamówieniu publicznym oraz w treści punktu 6.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) Zamawiający określił następujące warunki udziału w Postępowaniu:

Punkt III.1.1) Ogłoszenia o zamówieniu publicznym:

„(...) Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie i uzna; że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże że posiada:

- 1) wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;
- 2) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, zgodnie z art 250 ust.3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2018r. poz. 992) lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art 49 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2018r. poz.992) - zezwolenie winno obejmować frakcje odpadów określone w SIWZ, w tym odpadów niebezpiecznych,
- 3) wpis do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z Ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (ti. Dz. U. z 2018r., poz. 1466).
- 4) spełnia warunki rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122). {...)”

Jednocześnie w powołanym punkcie ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz w punkcie

7.3. SIWZ-Zamawiający określił następujące dokumenty, jako właściwe dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu:

- 1) koncesje, zezwolenia, licencje lub dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.
- 2) oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122).

Dowód: [1] Ogłoszenie o Zamówieniu

[2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu publicznym Zamawiający określił następujące warunki udziału w Postępowaniu:

1. Kryterium jakości - Termin płatności - waga: 40
2. Cena - waga: 60

W odniesieniu do kryterium w postaci ceny w punkcie XIII SIWZ określono następujące warunki jej kalkulacji:

1. Cenę oferty należy określić w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji.
2. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w złotych polskich cyfrowo i słownie, wyodrębnieniem należnego podatku VAT jeżeli występuje.
3. Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego tj. cenę dostawy, montażu, instalacji oraz ewentualnego przeszkolenia pracowników Zamawiającego. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą ewentualne roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do realizacji zadania i inne koszty uwzględniające wszystkie opłaty i podatki a także podatku od towarów i usług) z uwzględnieniem ewentualnych upustów i rabatów.
4. Przed obliczeniem ceny oferty wykonawca powinien dokładnie zapoznać się:
 - a) z opisem przedmiotu zamówienia, umową i warunkami opisanymi w SIWZ
 - b) z terenem realizacji usługi oraz uzyskać niezbędne do sporządzenia oferty informacje mające wpływ na wartość zamówienia.
5. Przy ustalaniu ceny oferty Wykonawca winien uwzględnić również warunki wykonywania usługi oraz postanowienia wzoru umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny.
6. Cena całkowita oferty winna wynikać z szacunkowego kosztu odbioru i transportu odpadów oraz kosztu prowadzenia PSZOK-u.
7. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzone będą w walucie polskiej (złoty polski). Zamawiający nie przewiduje rozliczenia w walutach obcych.
8. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia.
9. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Powyższe postanowienia SIWZ, jak wskazał Odwołujący, nie były przedmiotem pytań kierowanych przez wykonawców, w tym MZK Nisko Sp. z o.o. do Zamawiającego. Żadne postanowienia SIWZ nie były również skarżone przez żadnego z wykonawców poprzez złożenie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ wraz ze zmianą treści postanowień SIWZ z dnia 11 czerwca 2019 r. oraz z dnia 14 czerwca 2019 r. nie obejmują wyżej oznaczonych postanowień SIWZ).

Z powyższego wyprowadzić należy zatem, zdaniem Odwołującego, że były one dla wykonawców zrozumiałe, nie budziły ich wątpliwości, ani też nie były w ich ocenie nieprawidłowe w żadnym zakresie.

Dowód: [3] Wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ z dnia 11.06.2019 r.

Następnie Odwołujący podniósł, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) Pan J. H. prowadzący działalność gospodarczą w oparciu o wpis do Centralnej Ewidencji Informacji o Działalności Gospodarczej pod firmą Zbiórka i Transport Odpadów Komunalnych J. H., który oznaczył w ofercie cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia na kwotę 3.021.500,00 zł, zaś termin płatności na 30 dni,
- 2) MZK Nisko Sp. z o.o., która oznaczyła w ofercie cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia na kwotę 1.786.550,00 zł, zaś termin płatności na 30 dni,
- 3) FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., która oznaczyła w ofercie cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia na kwotę 2.184.850,00 zł, zaś termin płatności na 30 dni.

W rozwinięciu powyższego Odwołujący podniósł, że MZK Nisko w swojej ofercie w odniesieniu do ceny wskazała, że:

1) wynagrodzenie z tytułu prowadzenia przez wykonawcę Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zgodnie z kalkulacją kosztów funkcjonowania PSZOK-u, niezmiennie w trakcie wykonywania zamówienia za jeden miesiąc wynosi 4.150,00 zł; na powołaną kwotę składa się kwota:

- a) wynagrodzenia osób obsługujących PSZOK: 1.900,00 zł brutto;
- b) koszty transportu odpadów zebranych w PSZOK-u do regionalnej instalacji: 1.100,00 zł brutto
- c) koszt energii: 410,00 zł brutto
- d) inne koszty: 740,00 zł brutto

2) szacunkowy koszt odbioru i transportu szacunkowej ilości 11.000 Mg odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko: 156,00 zł brutto/Mg x 11.000 Mg = 1.716.0,00 zł brutto.

Podczas gdy Odwołujący w odniesieniu do ceny ofertowej wskazał, że:

1) wynagrodzenie z tytułu prowadzenia przez wykonawcę Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zgodnie z kalkulacją kosztów funkcjonowania PSZOK-u, niezmiennie w trakcie wykonywania zamówienia za jeden miesiąc wynosi 4.900,00 zł; na powołaną kwotę składa się kwota:

- a) wynagrodzenia osób obsługujących PSZOK: 3.600,00 zł brutto;
- b) koszty transportu odpadów zebranych w PSZOK-u do regionalnej instalacji: 1.000,00 zł brutto
- c) koszt energii: 200,00 zł brutto
- d) inne koszty: 100,00 zł brutto

2) szacunkowy koszt odbioru i transportu szacunkowej ilości 11.000 Mg odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko: 191,05 zł brutto/Mg x 11.000 Mg = 2.101.550,00 zł brutto.

Dowód: [5] Informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu z dnia 2 lipca 2019 r.

[6] Formularz ofertowy MZK Nisko Sp. z o.o.

[7] Formularz ofertowy Odwołującego

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, mając na względzie, że Postępowanie prowadzone było przez Zamawiającego przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej tj. art. 24aa p.z.p., Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2019 r., działając w oparciu o regulację art. 26 ust. 1 p.z.p. wezwał MZK Nisko, jako Wykonawcę, którego oferta została najwyżej

oceniona, do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 7.3 pkt 1,2,3 i 4 SIWZ, tj.:

3) Koncesji, zezwoleń, licencji lub dokumentów potwierdzający, że Wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

4) Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

5) Oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122);

6) Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ, dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

oraz do wykazania braku podstaw do wykluczenia tj. dokumentów, o których mowa w ust.

7.4. pkt 1 do 7 SIWZ, tj.:

1) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

2) Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu

3) Zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

4) Odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art.24 ust.5 pkt 1 ustawy Pzp- odpis winien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

5) Oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

6) Oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z

wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu; dotyczących nie podlegania wykluczeniu z postępowania;

7) Oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych {Dz. U. z 2018 r. poz. 1445) - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

W odpowiedzi na powyższe wezwanie MZK Nisko przedstawiło Zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) Zaświadczenie o niekaralności,
- 2) Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS,
- 3) Zaświadczenie o niezaleganiu z zapłatą podatków,
- 4) Odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 5) Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów,
- 6) Oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122),
- 7) Potwierdzenie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami,
- 8) Załącznik nr 5 do SIWZ - wykaz urządzeń,
- 9) Załącznik nr 6 do SIWZ - oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z Postępowania.

Jak wskazał następnie Odwołujący Zamawiający powyższe dokumenty MZK Nisko przyjął, bez zastrzeżeń (brak wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia). Wobec powyższego dnia 19 lipca 2019 r. Zamawiający ogłosił o wyborze najkorzystniejszej oferty, informując, że w Postępowaniu taką była oferta MZK Nisko Sp. z o.o.

[8] Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty
Dowód:

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że w uzasadnieniu powyższego Zamawiający wskazał, że wybrana oferta spełnia wszystkie wymagania formalne Zamawiającego i otrzymała najwyższą liczbę punktów przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jednocześnie w treści wyżej oznaczonej informacji Zamawiający zamieścił streszczenie oceny i porównania złożonych ofert, zgodnie z treścią którego:

Lp. Nazwa Wykonawcy Liczba pkt wg kryterium

„cena” Liczba pkt kryterium „termin płatności” Liczba pkt razem

1. J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zbiórka i Transport Odpadów

Komunalnych J. H. 35,48 40,00 75,48

2. MZK Nisko Sp. z o.o. 60,00 40,00 100,00

3. FCC Tarnobrzeg SP. z o.o. 49,06 40,00 89,06

II. Uzasadnienie zarzutów Odwołania

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Mając na względzie wyżej oznaczony stan faktyczny Odwołujący wskazał, że wykonawca MZK Nisko Sp. z o.o. nie spełnia wszystkich określonych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu. Nie spełnia on bowiem warunku, o którym mowa w punkcie 6.2. pkt 3 SIWZ, zgodnie z treścią którego wykonawca ubiegający się o udzielenie mu zamówienia publicznego w ramach Postępowania winien legitymować się wpisem do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonym przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1466 z późn. zm.). Jak wynika z dokumentów, przedstawionych przez wykonawcę MZK Nisko Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., wykonawca ten legitymuje się wyłącznie wpisami do następujących rejestrów:

- 1) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów.
- 2) potwierdzenie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami.

Wśród przedstawionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów, jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania, brak jest zatem potwierdzenia spełnienia wyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu tj. zaświadczenia o wpisie do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego

Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym.

Tym samym Wykonawca nie wykazał spełnienia wszystkich określonych w SIWZ warunków udziału w Postępowaniu, co uzasadnia jego wykluczenie w oparciu o regulację art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy p.z.p.

W tym miejscu wskazać należy, że określona w art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p. przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dotyczy nie tyle samego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co ściśle - braku wykazania ich spełnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak podniósł Odwołujący, przyjąwszy zatem nawet, antycypując w tym miejscu potencjalną argumentację Zamawiającego (tudzież MZK Nisko Sp. z o.o. w przypadku przystąpienia do niniejszego postępowania w charakterze Przystępującego) tj. poprzez ewentualne podniesienie, że pomimo braku przedstawienia wyżej wskazanego dokumentu wykonawca legitymuje się wpisem do oznaczonego w punkcie 6.2. ppkt 3) SIWZ rejestru, stwierdzić należy, że powyższe w żadnym razie nie świadczyłoby o niespełnieniu się przesłanki wykluczenia tegoż wykonawcy z udziału w postępowaniu. Faktyczne spełnienie przesłanek udziału w Postępowaniu nie stanowi jeszcze samoistnienie o braku podstaw do wykluczenia. Prawodawca bowiem wyraźnie przesądził, że okoliczność tę Wykonawca obowiązany jest wykazać (w tym wypadku na żądanie zamawiającego wystosowanie w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p.). Nawet zatem, gdyby na obecnym etapie zamawiający lub wykonawca MZK Nisko Sp. z o.o. twierdzili lub wykazywali, że spełnia on warunek udziału w Postępowaniu, to spełnienie tegoż warunku uznać należałoby za niewykazane w przewidzianym ustawą trybie. Tym samym nawet przedmiotowe nie niwelowałoby zaistnienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy podstawy do wykluczenia wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu.

Powyższe stanowisko w pełni potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 100/19) wskazała, że: „Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. odnosi się do konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie jedynie do wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykluczenia wykonawcy uzależniona jest od tego, czy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Fakt ten musi wynikać bezspornie z dokumentów złożonych przez wykonawcę, bowiem to na ich podstawie następuje wykazanie że wykonawca spełnienia wymagane warunki udziału lub nie podlega wykluczeniu.”. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza również w wyroku z

dnia 7 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1460/18) w którym wyjaśniła, że: „Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 12 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Powyższy przepis zakłada aktywne zachowanie wykonawcy wyrażające się jego dążeniem do wykazania Zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie oznacza on, że wykonawca ma prawo do biernego zachowania uniemożliwiającego Zamawiającemu zbadanie spełniania warunków podmiotowych”. W niniejszym stanie faktycznym zaś do czynienia mieliśmy z biernością wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o., który pomimo wezwania go przez Zamawiającego w przewidziany przepisami sposób nie wykazał mu spełnienia wszystkich warunków udziału w Postępowaniu, pozostał w tym zakresie bierny.

Tym samym zarzut ad. 1 niniejszego Odwołania, w ocenie Odwołującego, uznać należy za w pełni uzasadniony i zasługujący na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Zdaniem Odwołującego mając na względzie argumentację naprowadzoną powyżej, tj. w treści uzasadnienia zarzutu ad. 1 niniejszego Odwołania, za w pełni uzasadniony uznać należy również dalszy zarzut tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zgodnie bowiem z treścią powołanej regulacji, Zamawiający odrzuca ofertę, która złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Skoro zatem, jak wyżej, w pełni uzasadnione jest wykluczenie wykonawcy MZK Nisko z udziału w Postępowaniu, a to z uwagi na niespełnienie przez tenże podmiot warunku udziału w Postępowaniu w postaci posiadania wpisu do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1466 z późn. zm.), to Zamawiający winien był po wykluczeniu MZK Nisko Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu odrzucić jego ofertę, czego w sposób nieuprawniony zaniechał.

W świetle powyższego równie zarzut ad. 2 odwołania winien być uznany za znajdujący uzasadnienie tak w stanie faktycznym sprawy, jak i w obowiązujących w tym przedmiocie przepisach prawa.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p.

Niezależnie od zarzutów i argumentacji podniesionej w punktach 11.1. i 11.2. niniejszego Odwołania, podtrzymując w pełni wyrażone tamże stanowisko, Odwołujący podniósł, że nawet przyjąwszy, że wykonawca MZK Nisko Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w Postępowaniu (czemu z całą stanowczością się przeczy), to złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. W uzasadnieniu powyższego wskazuje, że już jeden ze składowych elementów ceny, tj. związany z prowadzeniem Punktu Selektywnego Odbioru Odpadów Komunalnych (dalej jako: „PSZOK”) samodzielnie winien zostać uznany za rażąco niski. Zauważyć należy bowiem, że podana przez wykonawcę MZK Nisko Sp. z o.o. składowa ceny w postaci wynagrodzenia osób obsługujących PSZOK oszacowana została na stałą kwotę 1.900,00 zł.

W ocenie Odwołującego, jak wynika z treści tak SIWZ, jak i formularza ofertowego, wynagrodzenie to dotyczy więcej niż jednej osoby. Przyjąwszy zaś nawet, że prowadzenie tego punktu realizowane byłoby wyłącznie przez jedną osobę, to podana wartość wynagrodzenia jest mniejsza niż ustalona aktualnie obowiązującym Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1794) wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę (tj. 2.250,00 zł). W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż jest w pełni świadom, że zgodnie z SIWZ pracownicy PSZOK nie muszą być obligatoryjnie zatrudniani przez wykonawców na podstawie umowy o pracę (tj. warunek określony w punkcie 3.9 SIWZ dotyczy wyłącznie osób odpowiedzialnych za koordynowanie zadań Wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia, w szczególności nadzór nad właściwą realizacją usługi, bieżąca aktualizacja wykazu obsługiwanych nieruchomości, sporządzanie rozliczeń, sprawozdań). Przedmiotowe jednakże w ocenie Odwołującego pozostaje bez związku z formułowanym zarzutem. Sama bowiem okoliczność, iż wykonywanie obowiązków na danym stanowisku nie musi być realizowane w oparciu umowę o pracę, nie dozwala na stwierdzenie, że wobec powyższego możliwe jest określenie wynagrodzenia takich osób w sposób rażąco odbiegający od ustalonych przez prawodawcę minimalnych warunków wynagradzania. Z przedmiotowym mamy zaś do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Wobec powyższego za zaferowaną przez wykonawcę MZK Nisko Sp. z o.o. cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia, co czyni tę cenę ofertową rażąco niską, a jako taką, stanowiącą podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5 p.z.p.

Mając na względzie argumentację podniesioną w punktach 11.1, 11.2. i II. 3 powyżej również i niniejszym zarzut uznać należy, w ocenie Odwołującego, za w pełni uzasadniony. Wykonawca MZK Nisko Sp. z o.o. winien bowiem zostać wykluczony z udziału w Postępowaniu, a to wobec niespełnienia określonych warunków udziału w nim. Jak jasno wskazała w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 30.04.2019 r. (sygn. akt: KIO/KD 36/19): „Dokonując wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający narusza art 24 ust 1 pkt 12 p.z.p., tj. dokonuje wyboru oferty wykonawcy nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający narusza art. 7 ust 3 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. z art 26 ust 3 i art 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień/”.

Ponadto skoro oferta tegoż wykonawcy winna być odrzucona, a to wskutek tak niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę, to oferta MZK Nisko Sp. z o.o. nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym czynność jej wyboru w Postępowaniu uznać należy za wadliwą.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł jak w petitum niniejszego Odwołania tj. o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy MZK Nisko Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, o wykluczenie tegoż Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty. Wobec powyższego dalej wnoszę o ponowne dokonanie oceny ofert wykonawców i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

III. Interes prawny do wniesienia odwołania

Jak wynika z treści art. 179 ust. 1 PZP, prawo do wniesienia odwołania na czynności lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Stosownie do zestawienia ofert objętego informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 lipca 2019 r., ranking ofert w postępowaniu przetargowym, którego dotyczy niniejsze odwołanie przedstawiał się następująco:

- 1) Oferta MZK Nisko Sp. z o.o. z siedzibą w Nisku: 60,00 pkt za cenę + 40 pkt za termin płatności faktury = 100 punktów;
- 2) Oferta FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu: 49,06 pkt za cenę + 40 pkt za termin płatności faktury = 89,06 punktów;
- 3) Oferta Zbiórka i Transport Odpadów Komunalnych J. H. z siedzibą w Nisku: 35,48 pkt za cenę + 40 pkt za termin płatności faktury = 75,48 punktów.

Jak wskazano w uzasadnieniu niniejszego odwołania, Zamawiający nie wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia MZK Nisko sp.z o.o., pomimo, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał posiadania wpisu do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (tj. Dz. U. z 2018r., poz. 1466). W sytuacji, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z prawem, tj. gdyby zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP wykluczył MZK Nisko sp. z o.o. z postępowania, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. W rezultacie Zamawiający zawarłby z Odwołującym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że wskutek działań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony realnej możliwości uzyskania zamówienia, a przez to poniósł lub może ponieść szkodę. Wobec tego Odwołujący posiada niewątpliwie interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP.

Dowód: [5] Informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu z dnia 2 lipca 2019 r.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. Jednocześnie w treści odwołania podniósł zarzuty wobec najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dążąc do jej eliminacji z postępowania. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz projektu umowy, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również złożone i zawnioskowane przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie dowody z dokumentów (złożone w trakcie postępowania przez Przystępującego na wezwanie oparte o treść art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) w postaci:

- 1) zawiadomienia Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 24.07.2018 r. znak: os-111. 7245.100.1006.2018.BE;
- 2) zaświadczenia wydane przez Marszałka Województwa Podkarpackiego z dnia 27.07.2019 r., znak: OS-111. 7245.112.54.2019.RG, wraz z załącznikiem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem prowadzonego postępowania jest odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści punktu II 1.1.1) ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści punktu 6.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) określił następujące warunki udziału w Postępowaniu:

Punkt III.1.1) Ogłoszenia o zamówieniu:

„(...) Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie i uzna, że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże że posiada:

- 1) wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;
- 2) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, zgodnie z art 250 ust.3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2018r. poz. 992) lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art 49 ust 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2018r. poz.992) - zezwolenie winno obejmować frakcje odpadów określone w SIWZ, w tym odpadów niebezpiecznych,
- 3) wpis do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z Ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1466).
- 4) spełnia warunki rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122)"

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz punkcie 7.3. SIWZ określił następujące dokumenty, jako właściwe dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 1) koncesję, zezwolenia, licencje lub dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.
- 2) oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122).

Zgodnie z punktem II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Kryterium jakości - Termin płatności - waga: 40
2. Cena - waga: 60

W rozdziale XIII SIWZ Zamawiający w następujący sposób określił sposób kalkulacji wynagrodzenia:

1. Cenę oferty należy określić w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji.
2. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w złotych polskich cyfrowo i słownie, wyodrębnieniem należnego podatku VAT jeżeli występuje.
3. Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego tj. cenę dostawy, montażu, instalacji oraz ewentualnego przeszkolenia pracowników Zamawiającego. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą ewentualne roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne do realizacji zadania i inne koszty uwzględniające wszystkie opłaty i podatki a także podatku od towarów i usług) z uwzględnieniem

ewentualnych upustów i rabatów.

4. Przed obliczeniem ceny oferty wykonawca powinien dokładnie zapoznać się:

- a) z opisem przedmiotu zamówienia, umową i warunkami opisanymi w SIWZ
- b) z terenem realizacji usługi oraz uzyskać niezbędne do sporządzenia oferty informacje mające wpływ na wartość zamówienia.

5. Przy ustalaniu ceny oferty Wykonawca winien uwzględnić również warunki wykonywania usługi oraz postanowienia wzoru umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny.

6. Cena całkowita oferty winna wynikać z szacunkowego kosztu odbioru i transportu odpadów oraz kosztu prowadzenia PSZOK-u.

7. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą prowadzone będą w walucie polskiej (złoty polski). Zamawiający nie przewiduje rozliczenia w walutach obcych.

8. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia.

9. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Dodatkowo Izba ustaliła, że Zamawiający w treści wzoru umowy w § 7 pkt 5 ppkt 4b wskazał, że: „PSZOK powinien być czynny dla mieszkańców Gminy Nisko i podmiotów prowadzących działalność na terenie Gminy Nisko w każdą sobotę miesiąca: w okresie od początku kwietnia do końca września od godziny 10:00 do godziny 18:00. w okresie od początku października do końca marca od godziny 8:00 do godziny 15:00”.

Jak ustaliła Izba w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) J. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zbiórka i Transport Odpadów Komunalnych J. H., który zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto 3.021.500,00 zł (termin płatności: 30 dni),
- 2) MZK Nisko Sp. z o.o., która zaoferowała realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1.786.550,00 zł, (termin płatności: 30 dni),
- 3) FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., która zaoferowała realizację przedmiotu zamówienia za cenę brutto 2.184.850,00 zł, (termin płatności: 30 dni).

MZK Nisko Spółka z o.o. w swojej ofercie w odniesieniu do ceny wskazała, że:

1) wynagrodzenie z tytułu prowadzenia przez wykonawcę Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zgodnie z kalkulacją kosztów funkcjonowania PSZOK-u, niezmiennie w trakcie wykonywania zamówienia za jeden miesiąc wynosi 4.150,00 zł; na powołaną kwotę składa się kwota:

- a) wynagrodzenia osób obsługujących PSZOK: 1.900,00 zł brutto;
 - b) koszty transportu odpadów zebranych w PSZOK-u do regionalnej instalacji: 1.100,00 zł brutto
 - c) koszt energii: 410,00 zł brutto
 - d) inne koszty: 740,00 zł brutto
- 2) szacunkowy koszt odbioru i transportu szacunkowej ilości 11.000 Mg odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko: 156,00 zł brutto/Mg x 11.000 Mg = 1.716.0,00 zł brutto.

Odwolujący w swojej ofercie w odniesieniu do ceny ofertowej wskazał, że:

1) wynagrodzenie z tytułu prowadzenia przez wykonawcę Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zgodnie z kalkulacją kosztów funkcjonowania PSZOK-u, niezmiennie w trakcie wykonywania zamówienia za jeden miesiąc wynosi 4.900,00 zł; na powołaną kwotę składa się kwota:

- a) wynagrodzenia osób obsługujących PSZOK: 3.600,00 zł brutto;
 - b) koszty transportu odpadów zebranych w PSZOK-u do regionalnej instalacji: 1.000,00 zł brutto
 - c) koszt energii: 200,00 zł brutto
 - d) inne koszty: 100,00 zł brutto
- 2) szacunkowy koszt odbioru i transportu szacunkowej ilości 11.000 Mg odpadów komunalnych z terenu Gminy Nisko: $191,05 \text{ zł brutto/Mg} \times 11.000 \text{ Mg} = 2.101.550,00 \text{ zł brutto}$.

Postępowanie prowadzone było przez Zamawiającego przy zastosowaniu tzw. procedury odwróconej tj. art. 24aa p.z.p.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2019 r., działając w oparciu o regulację art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę MZK Nisko Spółka z o.o., jako Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 7.3 pkt 1, 2, 3 i 4 SIWZ, tj.:-

- 3) Koncesji, zezwoleń, licencji lub dokumentów potwierdzający, że Wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- 4) Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 5) Oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122);
- 6) Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ, dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

oraz do wykazania braku podstaw do wykluczenia tj. dokumentów, o których mowa w ust. 7.4. pkt 1 do 7 SIWZ, tj.:-

- 1) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;
- 2) Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu
- 3) Zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi

odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

4) Odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art.24 ust.5 pkt 1 ustawy Pzp- odpis winien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

5) Oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

6) Oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu; dotyczących nie podlegania wykluczeniu z postępowania;

7) Oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych {Dz. U. z 2018 r. poz. 1445) - zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ - w przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną we własnym imieniu;

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca MZK Nisko Spółka z o.o. przedstawiło Zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) Zaświadczenie o niekaralności,
- 2) Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS,
- 3) Zaświadczenie o niezaleganiu z zapłatą podatków,
- 4) Odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 5) Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów,
- 6) Oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122),
- 7) Potwierdzenie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami,
- 8) Załącznik nr 5 do SIWZ - wykaz urządzeń,
- 9) Załącznik nr 6 do SIWZ - oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z Postępowania.

Jak ustaliła Izba dnia 19 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta MZK Nisko Sp. z o.o.

W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że wybrana oferta spełnia wszystkie wymagania formalne Zamawiającego i otrzymała najwyższą liczbę punktów przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jednocześnie w treści wyżej oznaczonej informacji Zamawiający zamieścił streszczenie oceny i porównania złożonych ofert, zgodnie z treścią którego:

Lp. Nazwa Wykonawcy Liczba pkt wg kryterium

„cena” Liczba pkt kryterium „termin płatności”	Liczba pkt razem		
1. J. H. 35,48	40,00	75,48	
2. MZK Nisko Sp. z o.o.	60,00	40,00	100,00
3. FCC Tarnobrzeg SP. z o.o.	49,06	40,00	89,06

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W zakresie zarzutu art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp związanych ze spełnieniem przez wybranego wykonawcę (Miejski Zakład Komunalny Nisko Spółka z o.o.) warunków udziału w postępowaniu Izba wskazuje, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W zakresie tego zarzutu, co do zasady brak było pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania sporu, co do faktów. Zamawiający przyznał, iż w wyniku przeoczenia w treści warunku ujętego w ogłoszeniu oraz SIWZ znalazł się nieaktualny wymóg związany z koniecznością wykazania przez wykonawców wpisu do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1466). Zamawiający wskazał, że pozostawienie tego postanowienia w treści dokumentacji było wynikiem omyłki, tj. brakiem aktualizacji treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w kontekście zmienionych przepisów związanych z ww. rejestrem.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 06.08.2019 r.) „(...) zgodnie z art. 235 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2019 poz. 701) z dniem utworzenia rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, Główny Inspektor Ochrony Środowiska prowadzący rejestr podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny zgodnie z ustawą z dnia 11.09.2015r o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, zakończył prowadzenie tego rejestru. Powyższy, nowy rejestr - Rejestr podmiotów wprowadzających produkty, produkty opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach (BDO) został utworzony w dniu 24 stycznia 2018r(M.P. z 2018, poz.

Podmioty które posiadały wpis do rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska na podstawie przepisów dotychczasowych były wpisywane z urzędu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 234 ust.9 ustawy o odpadach po upływie 6 miesięcy od dnia utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 , (tj. z dniem 25.07.2018r) wygasły wpisy do rejestru prowadzonego na podstawie przepisów dotychczasowych przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, a zatem wygasły również dotychczasowe wpisy do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

Zatem w chwili obecnej funkcjonuje tylko rejestr podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami zbierających (BDO) prowadzony przez marszałka województwa właściwego ze względu na miejsce wykonywania działalności.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.07.2019r, MZK Nisko sp. z o.o. przedstawił m.in. zawiadomienie Marszałka Województwa Podkarpackiego o dokonaniu wpisu MZK Nisko sp. z o.o. do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) i nadaniu numeru rejestrowego oraz zaświadczenie, że jest uprawniony m.in. do transportu zużytego sprzętu elektrycznego i

elektronicznego, czym spełnił warunki udziału w postępowaniu zapisane w SIWZ.

Według aktualnego stanu prawnego żaden z trzech oferentów nie posiada już aktualnego wpisu do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, ponieważ prowadzenie tego rejestru zostało zakończone, a wpis do tego rejestru został zastąpiony nowym wpisem do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) prowadzonego przez marszałka województwa (BDO). Takiego aktualnego wpisu do Rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, nie posiada również Odwołujący (...)"

Okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego. Izba ponadto dokonała analizy obecnego stanu prawnego w tym zakresie potwierdzając stanowisko Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w odwołaniu Izba wskazuje, że omyłkowe wskazanie w dokumentacji postępowania nie stało na przeszkodzie konwalidacji tej wadliwości opisu warunku na etapie oceny spełniania zdolności podmiotowej wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeden z rejestrów, którego dotyczyło żądanie zawarte w tej dokumentacji, został zastąpiony innym wpisem do rejestru prowadzonego przez Marszałka Województwa. Utrzymanie tego żądania przez Zamawiającego byłoby nieracjonalne i sprzeczne z obowiązującym stanem prawnym. Nadto wykluczenie Przystępującego, lub któregośkolwiek z wykonawców z tego powodu z postępowania byłoby działaniem nie znajdującym uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym. Rolą warunków udziału w postępowaniu jest ocena zdolności wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. Sankcja wykluczenia, jako najdalej idący sposób eliminacji wykonawcy z postępowania, może być stosowana w ostateczności i przy uwzględnieniu zasad udzielania zamówień publicznych. Zamawiający miał zatem prawo zmodyfikować swoje żądanie w toku postępowania, gdyż wezwanie któregośkolwiek wykonawcy do złożenia dokumentu odnoszącego się do rejestru, który został wycofany z systemu prawnego, byłoby działaniem skrajnie formalistycznym.

Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do złożenia aktualnych dokumentów, które to pojęcie odnosi się nie tylko do kwestii terminu ich wystawienia, lecz w kontekście wykładni oświadczeń woli, należy je odczytywać funkcjonalnie i celowościowo, tj. jako żądanie aktualnych pod względem formalnym (a zatem prawnym) dokumentów. Warunki udziału w postępowaniu stanowią bowiem klasyczne oświadczenia woli podmiotu zamawiającego, tj. wyrażają jego wolę zawarcia umowy z wykonawcą, który posiada określone (a więc odpowiednie i proporcjonalne) właściwości podmiotowe służące ocenie jego zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Poprawność konwalidacji omyłki przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu powinna podlegać ocenie co do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Głównym celem postępowania, jak wyżej wskazano, jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia - nie zaś restrykcyjnie rozumiana poprawność formalna procesu oceny i badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 08.07.2019 r. przedstawił m.in. zawiadomienie Marszałka Województwa Podkarpackiego o dokonaniu wpisu MZK Nisko Spółka z o.o. do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) i nadaniu numeru rejestrowego oraz zaświadczenie, że jest on uprawniony m.in. do transportu zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego - odsyłając do dokumentów złożonych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stąd też Izba uznała, że w ramach ustalonego stanu prawnego, żądanie od któregośkolwiek wykonawcy wpisu do rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska byłoby pozbawione podstaw prawnych. Otóż treść SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w hierarchii źródeł prawa znajduje się na najniższym miejscu - a zatem nie może pozostawać w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami rangi ustawowej lub rozporządzeń wykonawczych. Nieadekwatność postawionego w treści SIWZ żądania w zakresie warunków podmiotowych mogła i musiała zostać przez Zamawiającego skorygowana na etapie oceny ich spełnienia. Żądanie bowiem od wykonawców dokumentów nie przystających do obowiązującego stanu prawnego nie jest celem postępowania, nawet jeżeli na skutek omyłki takie postanowienia zostały ujęte w treści dokumentacji postępowania. Zamawiana przez Zamawiającego usługa powinna zostać zrealizowana zgodnie z obowiązującymi przepisami, gdyż tylko wówczas gwarantuje ona realizację celu postępowania jakim jest zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastąpienie jednego wpisu do rejestru w ramach złożenia dokumentów przez Przystępującego innym dokumentem nie było też kwestią przypadku,

ponieważ wynikało z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Stąd też Izba zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uznała za niezasadny.

2. Poddając analizie zarzut związany z rażąco niską ceną należy się do niego odnieść w dwóch aspektach, tj. aspekcie formalnej poprawności jego postawienia oraz w drugiej kolejności, w ramach jego merytorycznej poprawności.

W zakresie formalnej poprawności tego zarzutu Izba wskazuje na błędne jego sformułowanie w kontekście regulacji ustawy Pzp oraz czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w ramach tego zarzutu wniósł o odrzucenie oferty Przystępującego - jako wzorce kontroli wskazując art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W zakresie możliwości odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę wskazać należy, że zarówno systematyka ustawy Pzp oraz jednolite w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych czynność tą nakazując poprzedzić wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Instytucja uregulowana w tym ostatnim przepisie służy bowiem usunięciu wątpliwości podmiotu zamawiającemu i daje wykonawcy możliwość obrony swoich praw jeszcze w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym daje możliwość przedstawienia dowodów uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia. Brak przeprowadzenia tej procedury, co do zasady, uniemożliwia zastosowanie wobec wykonawcy sankcji w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Drugim ze wzorców kontroli, wskazanych w odwołaniu, jest art. 90 ust 3 ustawy Pzp, którego zastosowanie jest możliwe dopiero po przeprowadzeniu procedury ujętej w treści art. 90 ust.

1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje nie tylko literalna treść tego przepisu, lecz również

wykładnia funkcjonalna i systemowa - które, ze względu na jego rolę i miejsce w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, możliwość zastosowania ujętej tam sankcji odrzucenia oferty wiążą z zakończoną i przeprowadzoną ze skutkiem negatywnym procedurą

wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i połączone z nim żądanie odrzucenia oferty Przystępującego uznać należy za przedwczesne. Z kolei zarzut z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i połączone z nim tożsame żądanie są nieadekwatne do istniejącego w sprawie stanu faktycznego.

Na marginesie należy wskazać, iż zarzuty związane z rażąco niską ceną są również niezasadne ze względów merytorycznych. Otóż, jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, podstawa faktyczną ww. zarzutów jest wysokość przedstawionego przez Przystępującego w treści oferty wynagrodzenia pracowników obsługujących Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej: „PSZOK”) w wysokości 1900 złotych brutto.

Co najistotniejsze w ramach merytorycznej oceny tego zarzutu Zamawiający w treści wzoru umowy w § 7 pkt 5 ppkt 4b wskazał, że: „PSZOK powinien być czynny dla mieszkańców Gminy Nisko i podmiotów prowadzących działalność na terenie Gminy Nisko w każdą sobotę miesiąca: w okresie od początku kwietnia do końca września od godziny 10:00 do godziny 18:00. w okresie od początku października do końca marca od godziny 8:00 do godziny 15:00”. Jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający i popierający jego stanowisko Przystępujący wymóg ten powoduje, że PSZOK będzie wymagał obsługi w pierwszym okresie - 8 godzin w każdą sobotę (32 godziny miesięcznie), a w drugim okresie 7 godzin w każdą sobotę (28 godzin miesięcznie). Stąd też Izba w całej rozciągłości przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że koszt obsługi PSZOK przez 2 pracowników zamknie się kwotą na poziomie około 1.000 zł - odnosząc ją do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo należy wskazać, że udział tej wartości w całej cenie ofertowej jest znikomy, zaś orzecznictwo dopuszcza badanie i w konsekwencji ewentualne odrzucenie oferty ze względu na zaniżenie ceny jednostkowej jedynie w specyficznych sytuacjach.

Dodatkowo w ofercie Przystępującego w ramach obsługi PSZOK występuje rezerwa w

postaci wartości 740 zł/mc (w pozycji „Inne koszty”), gdzie dla tej samej pozycji w ofercie Odwołującego została wskazana wartość na poziomie 100 zł/mc. Oba te elementy powodują, że brak jest podstaw do przyjęcia, że koszt wynagrodzenia pracowników na poziomie 1900 zł/mc powoduje, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Odnosząc się zatem do podstawy prawnej zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, że Odwołujący, formułując przedmiotowy zarzut, całkowicie pominął okoliczności związane z czasem otwarcia PSZOK skupiając się de facto na jednym elemencie cenotwórczym (wysokości kosztów pracy obsługi PSZOK), co pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, lecz nawet nie uprawdopodobnił, że w istniejących okolicznościach faktycznych wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty

Przystępującego. W ocenie Izby, choć Odwołujący takiego żądania i powiązanego z nim zarzutu nie postawił w treści odwołania, nie wykazał on również, że w niniejszym stanie faktycznym istnieją podstawy do wezwania wykonawcy MZK Nisko Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby złożone na rozprawie przez Przystępującego wyjaśnienia są wystarczające i możliwe do przyjęcia, bez konieczności ich poparcia dowodami. Przedstawiona kalkulacja jest bowiem zgodna z zasadami logiki i obowiązującymi regulacjami, w tym wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Stąd też Izba, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który będąc zarzutem wynikowym podzielił los zarzutów podstawowych.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: