

Sygn. akt: KIO 3470/20

WYROK
z dnia 18 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Sanoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lutowiska

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Sanoku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3470/20

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lutowiska (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych selektywnie zbieranych z terenu Gminy Lutowiska wraz z zagospodarowaniem opakowań i szkła w roku 2021 (nr ref. GCI.271.5.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 grudnia 2020 r. pod numerem 760778-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Sanoku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzegach Dolnych (dalej jako „MPGK”), zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z powodu braku wymaganych zdolności oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. art. 22 ust. 1 oraz art. 22 d, jak również art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie legitymuje się, na cele realizacji przedmiotowego zamówienia, doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, jak również podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu z tego względu, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 92 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy MPGK to jest jej przeprowadzenie oraz przyznanie punktów MPGK, podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na brak wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPGK z tego względu, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4. w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy MPGK i odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Uzasadniając postawione zarzuty odwołujący wskazał, iż wykonawca MPGK nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ. Powołał się na pismo Gminy Tyrawa Wołoska zawierające informacje o ilości odpadów odebranych z terenu tej gminy w latach 2017-2019 oraz okoliczność, że MPGK realizowało usługę na rzecz ww. gminy w ramach kilku umów zawieranych na okres 12 miesięcy. Na powyższej podstawie Odwołujący stwierdził, iż nie został zachowany wymóg ciągłości realizacji jednej usługi wynikający z treści warunku, jak również nie została odebrana w okresie 24 miesięcy ilość 500Mg odpadów, a jedynie nieznacznie ponad 400 Mg. Odwołujący wskazał także na odmiennosć specyfiki Gminy Tyrawa Wołoska i Gminy Lutowiska pod kątem powierzchni, liczby miejscowości, sołectw i zebranych w ciągu roku odpadów komunalnych. Z uwagi na powyższe w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę MPGK z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także na konieczność odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazał, iż zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie do jej treści. Zatem wykonawcy potencjalnie zainteresowani realizacją zamówienia powinni „dostosować się” do wymogów stawianych przez zamawiającego. Wszelkie odstępstwa wykonawców powinny skutkować ich wykluczeniem, a w konsekwencji odrzuceniem złożonej przez nich oferty. Odwołujący przywołał także wyrok KIO z dnia 27 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2383/17 dotyczący niezgodności oferty z treścią SIWZ. Na marginesie Odwołujący wskazał, iż wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega również wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, Izba w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzegach Dolnych zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcy MPGK w dniu 30 grudnia 2020 r., a zatem ustawowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 4 stycznia 2021 r. Tymczasem pismo wykonawcy MPGK zawierające zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r., a zatem z uchybieniem ww. terminu. Izba wskazuje, iż dla skuteczności przystąpienia nie jest wystarczające nadanie pisma w 3-dniowym terminie w placówce pocztowej, lecz jego doręczenie Prezesowi Izby, co wynika *explicite* z art. 185 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy MPGK, oświadczeń i dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, w tym wykazu usług wraz z załącznikami, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 stycznia 2021 r. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, tj.:

- pismo Gminy Tyrawa Wołoska z dnia 17 grudnia 2020 r. stanowiące odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej (załączone do odwołania);
- uchwała nr XXVI/334/16 Rady Miejskiej w Ustrzykach Dolnych z dnia 29 listopada 2016 r.;
- wydruk informacji dotyczącej udzielenia w dniu 22 stycznia 2019 r. zamówienia przez Gminę Tyrawa Wołoska na rzecz MPGK w postępowaniu pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady, położonych na obszarze Gminy Tyrawa Wołoska i ich zagospodarowanie”;
- wydruk informacji dotyczącej udzielenia w dniu 30 stycznia 2020 r. zamówienia przez Gminę Tyrawa Wołoska na rzecz MPGK w postępowaniu pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie zmieszanych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Tyrawa Wołoska w okresie od 1.01.2020 r. do 31.12.2020 r.;
- wydruk SIWZ w postępowaniu pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady, położonych na obszarze Gminy Tyrawa Wołoska i ich zagospodarowanie” dotyczącego okresu 1.01.2019 r.; – 31.12.2019 r.;
- wydruk SIWZ w postępowaniu pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z budynków komunalnych, w których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne na terenie Gminy Tyrawa Wołoska w 2018 r.” dotyczącego okresu 1.01.2018 r.; – 31.12.2018 r.;
- dwa pisma Gminy Tyrawa Wołoska z dnia 18 stycznia 2021 r. stanowiące odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej;
- wydruk danych pochodzących z GUS (www.bdl.stat.gov.pl);
- referencje wystawione dla Odwołującego przez Gminę Tyczyn.

Przedstawioną przez Odwołującego własną analizę w zakresie różnic w masie odpadów pomiędzy zaświadczeniem wystawionym przez Gminę Tyrawa Wołoska oraz danych pochodzących z GUS Izba potraktowała za argumentację uzupełniającą jego stanowisko procesowe prezentowane podczas rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując m.in., iż: „Zamawiający uzna warunek za spełniony poprzez złożenie oświadczenia przez wykonawcę - wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 2 do SIWZ oraz jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - wykonał w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje minimum: - jedną usługą w zakresie odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i zbieranych w sposób selektywny na rzecz właścicieli nieruchomości, w sposób ciągły, przez okres minimum 24 miesięcy, o masie minimum 500 Mg, z podaniem dla każdej ujętej w wykazie usługi jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Spełnienie ww. warunku Zamawiający oceniać będzie na podstawie wykazu sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ i załączonych dokumentów (dowodów), że

wymienione w nim usługi zostały wykonane należycie."

W Rozdziale VI pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy złożyć oświadczenie wstępnie potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wg załączonego wzoru (załącznik nr 2 do SIWZ) - oryginał oświadczenia należy dołączyć do oferty. Ponadto na wezwanie Zamawiającego należy dostarczyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający spełnienie warunku określonego w rozdz. V pkt. 5. ppkt.3) SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu, ilości wywiezionych odpadów w Mg, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - Załącznik Nr 4 do SIWZ.

W postępowaniu oferty złożyli Odwołujący i wykonawca MP GK.

Wykonawca MP GK do oferty załączył oświadczenie sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, potwierdzające, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (oświadczenie wstępne). W odpowiedzi na wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca MP GK złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazano dwie usługi:

1. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Tyrawa Wołoska – ilość odebranych odpadów w Mg: 802,22; całkowita wartość brutto: 663 558,72; termin realizacji: 1.01.2017 – 30.11.2020; nazwa zleceniodawcy, rodzaj dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie: Gmina Tyrawa Wołoska, zaświadczenie;
2. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Ustrzyki Dolne z nieruchomości niezamieszkałych – ilość odebranych odpadów w Mg: 2 177,45; całkowita wartość brutto: 3 199 496,70; termin realizacji: 1.01.2018 – 30.11.2020; nazwa zleceniodawcy, rodzaj dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie: Umowy indywidualne, zaświadczenie Gminy Ustrzyki Dolne.

Do wykazu wykonawca MP GK załączył zaświadczenie gminy Ustrzyki Dolne z dnia 14 grudnia 2020 r., wskazujące, iż MP GK świadczyło i świadczy usługi na terenie gminy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w następujących ilościach: 2018 – 765,96 Mg, 2019 – 754,99 Mg, 2020 (do 30.11.2020 r.) – 656,50 Mg. Wskazano także, iż przedsiębiorstwo MP GK na terenie gminy Ustrzyki Dolne usługi wykonywało w latach 2018-2019 i wykonuje w 2020 r. w sposób należyty, gmina Ustrzyki Dolne nie wnosi uwag co do realizacji indywidualnych umów o odbiorze odpadów komunalnych i ich zagospodarowaniu z nieruchomości niezamieszkałych. Ponadto do wykazy załączono zaświadczenie gminy Tyrawa Wołoska wskazujące, że wykonawca MP GK świadczyło i świadczy usługi na terenie gminy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w następujących ilościach: 2017 – 182,60 Mg, 2018 – 202,14 Mg, 2019 – 208,08 Mg, 2020 (do 30.11.2020 r.) – 209,40 Mg. W zaświadczeniu wskazano, iż przedsiębiorstwo MP GK na terenie gminy Tyrawa Wołoska usługi wykonywało w latach 2017-2019 i wykonuje w 2020 r. w sposób należyty i zgodny z zapisami umowy o odbiorze odpadów komunalnych i ich zagospodarowaniu.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy MP GK.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. art. 22 ust. 1 oraz art. 22 d, jak również art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który nie legitymuje się na cele realizacji przedmiotowego zamówienia doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, jak również podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu z tego względu, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przywołując brzmienie ww. przepisów Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ponadto, wedle ust. 3 tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie zaś z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. W myśl art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 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. Z kolei w myśl pkt 16 ww. przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby miał sposób sformułowania przedmiotowego zarzutu przez Odwołującego, a w szczególności jego zakres. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, że Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego jedynie przez pryzmat konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w odwołaniu. W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we

wniesionym odwołaniu odwołujący. Powyższe ma istotne znaczenie także z tego względu, że umożliwia zamawiającemu i uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności czy zaniechań zamawiającego. W konsekwencji podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Tylko i wyłącznie w tym zakresie Izba poddaje ocenie prawidłowość działań zamawiającego.

Jeżeli zatem Odwołujący poddawał w wątpliwość fakt wykazania przez wykonawcę MPGK warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji usługi, o której mowa w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ, to Izba jest uprawniona do zweryfikowania czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca spełnia ww. warunek, wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które Odwołujący wskazał w odwołaniu. Rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, stanowi działanie spóźnione, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że Odwołujący w treści odwołania zakwestionował wyłącznie usługę wskazaną przez MPGK w wykazie usług pod poz. 1, tj. usługę dotyczącą odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Tyrawa Wołoska, podnosząc, że nie spełnia ona wymagań w zakresie okresu świadczenia usług oraz ilości odebranych odpadów. Jednocześnie Odwołujący w ogóle nie zakwestionował usługi wskazanej pod poz. 2 wykazu usług, dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Ustrzyki Dolne. Tym samym prezentowana na rozprawie argumentacja odnosząca się do realizacji ww. usługi, w tym okoliczność, że gmina Ustrzyki Dolne nie mogła potwierdzić należytego wykonania usługi realizowanej w ramach umów indywidualnych, stanowi rozszerzenie podstaw faktycznych odwołania i nie może podlegać ocenie przez Izbę. Odwołujący w oparciu o wykaz usług i referencje złożone przez MPGK miał możliwość podniesienia zarzutów w stosunku do tej usługi w terminie na wniesienie odwołania, tak jak uczynił to w odniesieniu do usługi z poz. 1 wykazu, tymczasem nawet w jednym zdaniu do niej się nie odniósł. Samo wskazanie, że zdaniem Odwołującego wykonawca MPGK nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału V pkt 5 ppkt 3 SIWZ, nie uprawnia go do podnoszenia na rozprawie zarzutów w stosunku do innej usługi niż objęta zakresem odwołania. W konsekwencji całą argumentację Odwołującego prezentowaną na rozprawie w zakresie usługi dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Ustrzyki Dolne Izba uznała za spóźnioną, zaś dowód w postaci uchwały nr XXVI/334/16 Rady Miejskiej w Ustrzykach Dolnych z dnia 29 listopada 2016 r. za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do usługi z poz. 1 wykazu, tj. usługi dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Tyrawa Wołoska, Izba podzieliła wątpliwości Odwołującego w zakresie spełniania przez tę usługę wymagań warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ. Zamawiający wymagał wykazania się jedną usługą w zakresie odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i zbieranych w sposób selektywny na rzecz właścicieli nieruchomości, w sposób ciągły, przez okres minimum 24 miesięcy, o masie minimum 500 Mg. Aby spełnić warunek udziału należało zatem legitymować się doświadczeniem w realizacji jednej usługi odbioru odpadów trwającej przez okres minimum 24 miesięcy, w ramach której odebrano minimum 500 Mg odpadów, a nie kilku usług spełniających łącznie ww. wymagania. Odwołujący wykazał za pomocą składanych dowodów, w szczególności pism od Gminy Tyrawa Wołoska oraz dokumentacji postępowań prowadzonych przez tę Gminę, że wykonawca MPGK nie realizował na rzecz ww. Gminy jednej usługi, lecz kilka usług, świadczonych na podstawie odrębnych rocznych umów, zawieranych po przeprowadzeniu odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia, o nie w pełni tożsamym przedmiocie, pomiędzy którymi dodatkowo następowały przerwy. Nie może tu być zatem mowy o realizacji jednej usługi trwającej minimum 24 miesiące. W konsekwencji nie zostało także spełnione wynikające z treści warunku udziału w postępowaniu wymaganie w zakresie ilości odebranych odpadów - w ramach żadnej z zawieranych na dany rok umów nie odebrano bowiem odpadów w ilości 500Mg lub większej.

Za bezasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego, że krótkie przerwy między poszczególnymi umowami nie świadczą o braku ciągłości, gdyż prawdopodobnie wykonawca MPGK świadczył usługi także w tych okresach. Abstrahując od okoliczności, że fakt świadczenia usług przez wykonawcę MPGK na rzecz gminy Tyrawa Wołoska w okresach pomiędzy zawieranymi na kolejny rok umowami nie został niczym poparty i stanowi nic innego jak tylko przypuszczenia Zamawiającego, to podkreślić należy, że Zamawiający prezentuje interpretację warunku udziału w postępowaniu nie znajdującą odzwierciedlenia w jego treści. W ocenie Izby Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył zakres warunku o możliwość wykazania się doświadczeniem w realizacji kilku usług, które łącznie spełniają wymagania w zakresie czasu trwania i ilości odpadów, podczas gdy z literalnego brzmienia Rozdziału V pkt 5 ppkt 3 SIWZ wynika, że legitymować należało się jedną usługą o określonym okresie realizacji i określonej ilości odebranych odpadów. Izba wskazuje, że ukształtowana w danym postępowaniu treść SIWZ wiąże nie tylko wykonawców, ale także Zamawiającego, który w toku tego postępowania ma obowiązek respektować ustalone założenia, a odstępstwo od nich godzić może w zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu oczekiwał zrealizowania jednej usługi konkretnego rodzaju o konkretnym zakresie i czasie trwania i w tym zakresie powinien badać fakt spełnienia przez wykonawcę MPGK warunku udziału w postępowaniu, nie zaś dostosowywać na potrzeby postępowania odwoławczego interpretację warunku pod doświadczenie danego wykonawcy.

Nie zasługują na aprobatę także twierdzenia Zamawiającego, który wskazywał na brak możliwości oceny treści dowodów składanych przez Odwołującego z uwagi na ich złożenie dopiero na rozprawie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Zadaniem Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym – w przypadku gdy wnosi on o oddalenie odwołania - jest bieżąca reakcja na przedstawiane przez Odwołującego dowody i odniesienie się do wynikających z nich okoliczności, w tym także przedstawienie ewentualnych dowodów przeciwnych. Powyższego Zamawiający zaniechał.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego o tym, że ilość odpadów wskazana w referencjach różni się w stosunku do danych z GUS Izba wskazuje, że wykraczają one poza podstawy faktyczne odwołania, gdyż jego zakresem nie objęto kwestii podania błędnych danych w zakresie ilości odpadów odbieranych w poszczególnych latach. W konsekwencji Izba pominęła także składane jako dowód wydruki zawierające dane statystyczne ze strony www.bdl.stat.gov.pl. Odwołujący zresztą w tym zakresie prezentował argumentację sprzeczną, sam bowiem przedstawił dowody - pisma Gminy Tyrawa Wołoska - potwierdzające ilość odebranych odpadów zgodną z danymi wskazanymi w referencjach załączonych przez MPGK do wykazu usług. Za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała także dowód z referencji wystawionych dla Odwołującego przez Gminę Tyczyn, przedmiotem sporu były bowiem okoliczności

wynikające z zaświadczenia z Gminy Tyrawa Wołoska przedstawionego przez MPKG wraz z wykazem usług.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, iż wskazana przez MPKG w poz. 1 wykazu usług usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Tyrawa Wołoska nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ w zakresie wymaganego okresu realizacji i ilości odebranych odpadów. Natomiast uwzględnienie odwołania z tego powodu w przedmiotowym przypadku nie jest możliwe, ponieważ Odwołujący nie objął zakresem odwołania drugiej z usług wskazanych przez wykonawcę MPKG w wykazie usług na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe zaniechanie Odwołującego doprowadziło do sytuacji, w której rozstrzygnięcie Izby w przedmiocie tego, czy usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Tyrawa Wołoska odpowiadała wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu nie może mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ nie doszło do podważenia drugiej z usług podanych w wykazie, a Zamawiający na potrzeby spełnienia warunku wskazanego w Rozdziale V pkt 5 ppkt 3 SIWZ wymagał wykazania się tylko jedną usługą. Zgodnie z 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. *A contrario*, w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie nie może mieć wpływu na wynik postępowania, Izba odwołania uwzględnić nie może.

Jedynie uzupełniając Izba wskazuje, że w przypadku uznania, że wykonawca MPKG nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, czego domagał się Odwołujący, nie byłoby uzasadnione, gdyż stanowiłoby działanie przedwczesne. Zamawiający co do zasady ma obowiązek uprzedniego wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów służących wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przy czym, jak szczegółowo omówiono powyżej, na gruncie rozpoznawanej sprawy wystosowanie takiego wezwania byłoby bezprzedmiotowe w świetle faktu, że wykonawca MPKG podał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu także inną usługę, która nie została zakwestionowana.

W przedmiotowym przypadku wykluczenie wykonawcy MPKG z postępowania potencjalnie byłoby możliwe tylko w oparciu o wskazany w odwołaniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, niemniej zarzut naruszenia ww. przepisu nie został przez Odwołującego w żaden sposób uzasadniony. Poza przywołaniem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w treści *petitum* odwołania oraz przytoczeniem jego brzmienia na str. 8 odwołania (jak wskazał sam Odwołujący - „na marginesie”), nie przedstawiono jakiegokolwiek argumentacji faktycznej i prawnej mającej wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na tej podstawie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: po pierwsze musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę nierzetelnych informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (ewentualnie zatajenia tych informacji lub nieprzedstawienie wymaganych dokumentów); po drugie musi dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu ww. informacji; a po trzecie przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wszystkie te okoliczności muszą zaistnieć łącznie, a obowiązkiem Odwołującego, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa ciężar dowodu, jest ich wykazanie. Brak odniesienia się do tej kwestii w treści odwołania jest równoznaczny z brakiem wykazania spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, co skutkuje z kolei brakiem możliwości uwzględnienia zarzutu naruszenia ww. przepisu.

Za bezzasadne Izba uznała ponadto zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPKG z tego względu, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Poza podniesieniem zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w *petitum* odwołania, Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji faktycznej w zakresie niezgodności oferty wykonawcy MPKG z treścią SIWZ. Nie stanowi takiej argumentacji wskazana w treści odwołania wątpliwość co do posiadania przez ww. wykonawcę wymaganych przez Zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu zdolności, nie należy bowiem utożsamiać sytuacji niespełnienia przez wykonawcę określonych warunków udziału w postępowaniu z niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Są to dwie odrębne instytucje, które służą odmiennym celom. Warunki udziału w postępowaniu ustalone są po to, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji czy wykonawca daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Od ich spełnienia uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o zamówienie. Natomiast ocena zgodności oferty z treścią SIWZ służy weryfikacji czy merytoryczna treść oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w dokumentacji postępowania odnoszącym się do przedmiotu zamówienia czy też sposobu jego realizacji, a nie do kwalifikacji podmiotowej wykonawców.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w ogóle nie znajduje zastosowania w przedmiotowym przypadku, ponieważ postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych (np. w trybie przetargu ograniczonego, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert.) i obejmuje przypadki, w których wykonawca niezakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. W przypadku przetargu nieograniczonego właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - wykluczenie wykonawcy z postępowania powoduje uznanie oferty takiego podmiotu za odrzuconą, co następuje *ex lege*.

W konsekwencji powyższego za niezasadne Izba uznała także zarzuty oparte na tożsamych podstawach faktycznych, co zarzuty wyżej omówione, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru

oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i art. 92 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy MP GK to jest jej przeprowadzenie oraz przyznanie punktów MP GK, podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z uwagi na brak wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....