

WYROK
z dnia 30 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020r. przez **wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminy Dobczyce z siedzibą w Dobczycach, Rynek 26** przy udziale **wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. z siedzibą w Trąbkach 451 (Wieliczka)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3215/20 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12 i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcy Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** na rzecz **zamawiającego Gminy Dobczyce z siedzibą w Dobczycach, Rynek 26** kwotę 2 460 zł.00 gr. (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3215/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach, w terminie od 01.01.2021r. do 31.12.2021r.” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer 2020/S185-446993 z dnia 23/09/2020.

W dniu 25 listopada 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 7 grudnia 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 grudnia 2020r.

Odwołujący czynnościami i zaniechaniem zamawiającego zarzucił naruszenie:

A.w odniesieniu do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

1.[zarzut A.1] art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez uznanie, że wykonawca A. Z. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się należytych wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy podczas gdy wykonawca A. Z. nie spełnia powyższego warunku, w szczególności bowiem nie wykonał on w rzeczonym okresie jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w konsekwencji oferta wykonawcy została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

2.[zarzut A.2] art. 7 ust. 1 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. b) i e) SIWZ przez uznanie, iż wykonawca A. Z. spełnia warunek udziału w postępowaniu (zduplowany w dwóch literach SIWZ - o czym dalej szerzej) - w zakresie posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (a więc rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce nieruchomościami [BDO], o której mowa w ustawie o odpadach) w zakresie transportu odpadów podczas gdy wykonawca A. Z. nie spełnia powyższego warunku, w szczególności bowiem nie posiada on w przedmiotowym rejestrze wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć (kod 20 01 21*), które to odpady jako odpady niebezpieczne mają być odbierane w ramach zamówienia (vide rozdział V pkt 3.20 pkt 2 ppkt 6 w zw. z pkt 3.20 pkt 7 lit. b tiret szósty SIWZ). W konsekwencji więc oferta wykonawcy została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia rzeczowego warunku udziału w postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

oraz jako zarzuty ewentualne

3.[zarzut A.3] art. 7ust. 1 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. a) SIWZ sprowadzające się do tego, że nie nastąpiło - w sytuacji podniesienia przez uczestnika postępowania w jego toku uzasadnionych i udokumentowanych zastrzeżeń - sprawdzenie przez zamawiającego, czy Pan A. Z. w sposób zasadny posiada wpis do rejestru działalności regulowanej (zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach), podczas gdy rejestr ten jest prowadzony

przez organ zamawiającego - tj. Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce, a wpis do tego Rejestru stanowi warunek udziału w postępowaniu podczas gdy zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wymaga, aby zamawiający - którego kierownik (osoba odpowiedzialna za prowadzenie postępowania), tj. Burmistrz (który prowadzi również rejestr, do którego wpis stanowi warunek udziału w postępowaniu) - w sytuacji otrzymania odpowiednio udokumentowanych zastrzeżeń, dokonał sprawdzenia zasadności dokonania wpisu do rejestru przed wyborem takiej oferty;

4.[zarzut A.4] art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w z w. z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 1) i pkt 3 ppkt 1) SIWZ przez umożliwienie odwołującemu sposobności zapoznania się z dokumentacją postępowania (w tym protokołem z niego wraz z załącznikami) dopiero w dniu 30 listopada 2020 r., pomimo tego, iż odwołujący złożył wniosek już w dniu 25 listopada (tj. w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej), jak i przez brak przekazania tych dokumentów w formie elektronicznej podczas gdy nie było żadnych przeszkód, aby przekazać te dokumenty (które stanowią wszak podstawę do oceny działań podjętych w postępowaniu przez zamawiającego, jak i stanowią podstawę do wniesienia odwołania) już w dniu przekazania prośby przez odwołującego (25 listopad, ewentualnie w dniu 26 listopada) i to w formie elektronicznej, to jest w formie w jakiej prowadzone było postępowanie, co jednoznacznie świadczy o tym, że postępowanie było prowadzone w sposób, który narusza zasady równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, w sposób mający ograniczyć możliwość wniesienia przez odwołującego odwołania w niniejszej sprawie, wpływając również na możliwość dostrzeżenia przez odwołującego wszystkich nieprawidłowości w zakresie oferty wykonawcy

B.w odniesieniu do czynności zaniechania wykluczenia wykonawcy

1.[zarzut B.1] art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu (oświadczenie JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał i zagospodarował odpady w ilości ponad 1.000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miałaby być świadczona od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r., co było podstawą uznania przez zamawiającego, że wykonawca spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej Wykonawca A. Z. mimo bowiem pełnej świadomości faktu, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (nie wykonał on wszak jednej usługi wymaganej w Specyfikacji, tj. w zakresie odbioru i zagospodarowania co najmniej 1.000 ton odpadów, ale kilka rozdzielonych w czasie usług, w ramach których żadna z nich nie pozwala na spełnienie wymogu ilościowego 1.000 ton odpadów, jak i mimo uzyskania odpowiedzi od zamawiającego na zadane przez siebie pytanie z której wynikało, że nie można sumować ilości odpadów), zdecydował się na złożenie oświadczenia, już na etapie składania dokumentu JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (a więc i też wskazany w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ), a następnie będąc wzywany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy po raz drugi zdecydował się na oświadczenie nieprawdy - przez przedłożenie załącznika nr 8, w którym wykonawca oświadczył, że odebrał i zagospodarował ponad 1.000 odpadów w ramach realizacji jednej usługi, jednocześnie podając nieprawdę jakoby taka usługa miałaby być świadczona od dnia 1 września 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r. Na podstawie tych oświadczeń zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunki i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą

ewentualnie, gdyby Izba uznała, że nie ma podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy,

2.[zarzut B.2] art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu przez podanie informacji, że po pierwsze spełnia on warunki udziału w postępowaniu (JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał on i zagospodarował odpady w ilości ponad 1.000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miałaby być świadczona od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r.

Odwołujący wskazuje, że w sytuacji nieuznania zarzutu B.1 wykonawcy można zarzucić co najmniej działanie niedbałe, to jest naruszające wymóg dochowania należytej staranności, lub działanie lekkomyślne - w zakresie, gdy oświadczył on, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w JEDZ, czy też następnie - gdy przedstawił on informacje wskazujące, że wykonał jedną usługę w zakresie ilości pow. 1.000 ton, w okresie od 1 września 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r. (oświadczenie składane w załączniku nr 8 „wykaz usług”), podczas gdy sytuacja taka, jak wskazano wyżej, nie miała miejsca. Nieprawdziwe oświadczenie miało przy tym istotny wpływ na decyzję zamawiającego - na podstawie tej informacji oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, a zamawiający dokonał jej wyboru.

3.[zarzut B.3] art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit b) i lit. e) SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu wykonawca oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym także i wskazane w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. b) i e) SIWZ (co jak już zostało wzmiankowane wyżej stanowi jeden i ten sam, zdublowany, warunek), podczas gdy, jak wynika z dowodów, jakie Odwołujący dołącza do odwołania, wykonawca nie posiada wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21* (odpadów, jakie mają być odbierane przez wykonawców w ramach przedmiotowego zadania). W konsekwencji doszło do tego, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd (informacje nieprawdziwe), że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, w tym, że posiada wpis do ww. rejestru w wymaganym zakresie. Po drugie na podstawie oświadczenia nastąpił wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej - a po trzecie - wykonawca działał w tym zakresie przynajmniej niedbałe (jeżeli nie lekkomyślnie) - gdyby działał z należyłą starannością oświadczenia takiego by nie złożył.

jak i w powiązaniu z zarzutem B.3

4.[zarzut B.4] art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z rozdziałem V 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21*

podczas gdy w sytuacji, gdy wykonawca nie posiada wpisu do rejestru na dzień składania ofert - nie sposób uznać, aby był on w stanie wykazać spełnienie rzeczonych warunków, także w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Prowadzi to do wniosku o zasadności wykluczenia wykonawcy już na tym etapie, bez potrzeby stosowania art. 26 ust. 3 ustawy, a więc wzywania go do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów;

ponadto, w sytuacji nieuwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia wykonawcy, odwołujący, działając z ostrożności procesowej, składa dwa zarzuty ewentualne, a to:

C.w odniesieniu do zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów celem wykazania spełnienia

warunków udziału w postępowaniu

1.[zarzut C.1] art. 26 ust. 3 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodu posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach potwierdzającego, że wykonawca w dniu składania ofert spełniał warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ, a więc że na dzień składania ofert posiadał wpis do ww. rejestru w zakresie transportu odpadów jakie mają być wywożone w ramach postępowania, a więc też i odpadu niebezpiecznego o kodzie 20 01 21*

2.[zarzut C.2] art 26 ust. 3 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby, że spełnił on ww. warunek udziału w postępowaniu.

Wniósł o:

1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej KIO) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu

3.wystąpienie z wnioskiem do Marszałka Województwa Małopolskiego, adres siedziby ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, o przedstawienie poświadczonych przez ten organ odpisów dokumentów (w tym istniejących w formie elektronicznej) z rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, a dotyczących wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. - nr wpisu do rejestru 000140094 - w zakresie tego, czy wykonawca ten posiadał wpis w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci odpadów o kodzie 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć) w dacie składania ofert (27 października 2020 r.) i w okresie późniejszym, oraz w zakresie wszelkich wniosków tego wykonawcy, które miałyby odnosić się do dokonania wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci odpadów o kodzie 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), w tym istniejących w formie elektronicznej, ewentualnie informacji, że wykonawca ten żadnych takich wniosków w tym zakresie nie składał.

ewentualnie gdyby Izba uznała, że nie posiada kompetencji do wystąpienia jak wskazano w pkt 3

3a. na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy w zw. z art. 1192 §1 KPC w zw. z art. 250 §1 KPC wnoszę o wystąpienie przez Izbę do sądu właściwego dla miejsca wykonania czynności - tj. do Sądu Rejonowego dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie (31-547 Kraków, ul. Przy Rondzie 7), o wykonanie czynności opisanej w art. 250 §1 KPC, tj. o zażądanie przez ten Sąd od Marszałka Województwa Małopolskiego poświadczonych przez ten organ odpisów dokumentów (w tym istniejących w formie elektronicznej) z rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, a dotyczących wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. - nr wpisu do rejestru 000190094 - w zakresie tego, czy wykonawca ten posiadał wpis w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci odpadów o kodzie 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć) w dacie składania ofert (27 października 2020 r.) i w okresie późniejszym, oraz w zakresie wszelkich wniosków tego wykonawcy, które miałyby odnosić się do dokonania wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci odpadów o kodzie 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), w tym istniejących w formie elektronicznej, ewentualnie informacji, że wykonawca ten żadnych takich wniosków w tym zakresie nie składał.

[uzasadnienie dla wniosku z pkt 3 i ewentualnego z pkt 3a zostało przedstawione w punkcie 2.26 odwołania]

4.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze oferty A. Z. działającego pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. jako najkorzystniejszej, oraz

5.nakazanie zamawiającemu, w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania wykonawcy A. Z. działającego pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z., a tym samym (jako konsekwencji wykluczenia) odrzucenia jego oferty

ewentualnie gdyby Izba nie uznała za zasadne nakazania wykluczenia wykonawcy A. Z. z postępowania,

z ostrożności procesowej o:

6.nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania A. Z. działającego pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (a więc wezwania do uzupełnienia dokumentów poświadczających, że wykonawca ten spełniał w dniu składania ofert warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.1 lit. b) i e) SIWZ, wezwania do uzupełnienia dokumentów poświadczających, że wykonawca ten spełniał warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.2.2 SIWZ,

ewentualnie gdyby Izba nie uznała za zasadne nakazania wykluczenia wykonawcy (III.5), a następnie nie uznała także za zasadne wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów (III.6) - z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, w sytuacji uwzględnienia zarzutu ewentualnego A.3, o:

7.nakazanie zamawiającemu podjęcia działań urzeczywistniających zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji sprowadzające się do przeprowadzenia przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej kontroli przez wyznaczonych pracowników Urzędu Gminy i Miasta Dobczyce (posiadających upoważnienie Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce do przeprowadzenia kontroli) w przedsiębiorstwie A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. nr rej. BDO: 000140094 w zakresie spełniania przez podmiot wpisany do rejestru działalności regulowanej wymagań, jakie winien spełniać przedsiębiorca wykonujący działalność polegającą na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) oraz w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) - a to na podstawie art. 9u w związku z art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) w związku z art. 43 ust. 7 i art. 48 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 z późn. zm.).

ewentualnie gdyby Izba nie uznała za zasadne wszystkich wniosków III.5-7, a uznała jedynie zarzut ewentualny AA, wnoszę wyłącznie zgodnie z III.4 (tj. o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej).

jak i w każdym przypadku o

8.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zadania, podczas gdy to jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą (obecnie jest na drugim miejscu). W konsekwencji też odwołujący poniósł szkodę wynikającą z niemożliwości wykonania zamówienia, a tym samym osiągnięcia zakładanego z tego tytułu zysku. Zamawiający bowiem, mimo obowiązków w tym zakresie wynikających z ustawy, wybrał ofertę A. Z., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i winien podlegać wykluczeniu chociażby na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy. W konsekwencji gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy i wykluczył tego wykonawcę z

postępowania to oferta złożona przez odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą, co pozwoliłoby mu na realizację niniejszego zamówienia, a tym samym osiągnięcie zakładanego zysku. Oznacza to, iż odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający postawił w SIWZ kilka warunków, które następnie - w wyniku pytań zadawanych przez wykonawcę A. Z. - modyfikował - rezygnując z części stawianych pierwotnie wymogów.

Ponadto jeden z warunków (posiadania stosownego wpisu do rejestru, o którym mowa w ustawie o odpadach) został przez zamawiającego zastrzeżony w SIWZ dwukrotnie (tj. zamawiający dwa razy, w różnych punktach SIWZ, wprowadził ten sam warunek, używając innych słów - o czym dalej szerzej).

Warunek ujęty w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ finalnie brzmi: w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy

Z warunku tego (5.2.2) wynika więc, że wykonawca ma wykazać się doświadczeniem w wykonaniu takiej usługi, która spełnia cechy opisane w tym punkcie (odpowiednia ilość nieruchomości oraz odpowiednia ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych).

Zakazane jest przy tym sumowanie kilku usług, aby osiągnąć wymaganą ilość odpadów.

Podkreślił to zamawiający, który w odpowiedzi na kolejne pytanie zadane przez wykonawcę A. Z. jednoznacznie wskazał, że ilości te muszą być spełnione, jak wynika to z treści SIWZ, a więc w ramach realizacji jednej usługi (vide odpowiedź z dnia 20 października 2020 r.). Nie zgodził się zatem na sumowanie ilości odpadów.

Ponadto zamawiający postawił warunek odnoszący się do tego, że wykonawca winien posiadać wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (warunek z rozdziału V pkt 5.2.1 lit. e SIWZ), czyli - innymi słowy - wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, tzw. BDO (warunek z rozdziału V pkt 5.2.1 lit. b SIWZ).

Rejestr podmiotów, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach jest bowiem „integralną częścią Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (art. 79)”.

Tym samym zamawiający postawił dwa identyczne merytorycznie warunki inaczej jednak je nazywając.

Wymóg opisany w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e SIWZ pierwotnie przy tym wskazywał, że tylko taki wykonawca będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia, który posiada:

aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów oraz zbierających zużyty sprzęt

Po pytaniu zadany przez wykonawcę A. Z. zamawiający zdecydował się na modyfikację pierwotnie postawionego wymogu przez wykreślenie słów „oraz zbierających zużyty sprzęt” (co może o tyle budzić zdziwienie, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest również odbieranie i zagospodarowanie odpadów w postaci zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego - okoliczność ta jest podnoszona jedynie na marginesie - nie jest to przedmiotem odwołania).

Istotne jest natomiast to, że po zmianie warunek ujęty w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e SIWZ brzmi, że wykonawca musi posiadać:

aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów

Jednocześnie w związku z ww. zmianą wprowadzoną w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e) SIWZ nastąpiła także zmiana 5.2.1 lit. b) SIWZ, który po zmianie brzmi, że wykonawca musi posiadać:

wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów

W konsekwencji wynika z tego, że warunek postawiony w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e) oraz 5.2.1 lit. b) SIWZ to warunki tożsame (zdublowane). Rejestr, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach to integralna część BDO - i właśnie w tym rejestrze prowadzi się wpisy w zakresie transportu odpadów.

Wpis do przedmiotowego Rejestru jest konieczny aby móc transportować odpady. Bez tego wpisu, transport takich odpadów następowałby z naruszeniem przepisów prawa (co jednocześnie stanowi czyn zabroniony przez ustawę, zagrożony karą aresztu lub grzywny - por. art. 179 ustawy o odpadach).

Co istotne - taki wpis w zakresie transportu uzyskuje się nie ogólnie tj. na wszystkie rodzaje odpadów, ale na konkretne rodzaje odpadów. Tak więc, aby sprawdzić, czy dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu - to jest posiada wpis w Rejestrze „w zakresie transportu odpadów” - konieczne jest sprawdzenie jakie odpady zgodnie z SIWZ mają być wywożone (transportowane) i następnie porównanie tych kategorii odpadów z tym co jest uwidocznione w Rejestrze.

Tylko bowiem wykonawca, który ma w Rejestrze uwidocznione odpady, jakie mają być wywożone w ramach niniejszego zadania, będzie w stanie spełnić warunek postawiony przez zamawiającego - wszak zamawiający stawia warunek odnoszący się do transportu nie jakichkolwiek odpadów, ale odpadów, jakie mają być wywożone w ramach niniejszego Zadania.

Zamawiający jednoznacznie wskazał jakie odpady będą przedmiotem odbioru, czyniąc to w ten sposób, że podał określone rodzaje odpadów, jakie mają być transportowane, a następnie - jeszcze bardziej szczegółowo - wskazał wprost z jakimi odpadami mamy do czynienia na terenie Gminy - przez podanie konkretnych kodów odpadów.

W ten sposób wskazał, że z terenu Gminy będą odbierane m.in. odpady niebezpieczne (vide przykładowo rozdział V pkt 3.2.2 lit. h SIWZ). W zakresie natomiast konkretnych odpadów niebezpiecznych wskazał, że odbiorowi z terenu Gminy podlegają odpady m.in. objęte kodem 20 01 21*, który to kod odpowiada lampom fluorescencyjnym i innym odpadom zawierającym rtęć (co jest jednoznacznie wskazane w rozdziale V pkt 3.2.7 lit. b tiret szósty SIWZ).

Odnosząc powyższe dwa warunki do istniejącego w sprawie stanu faktycznego odwołujący zauważył, że:

a) w odniesieniu do warunku postawionego w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ

Wykonawca A. Z. przedkładając na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy „Doświadczenie wykonawcy - wykaz usług” (wypełniony załącznik nr 8 do SIWZ, dalej także jako „wykaz usług”) wskazał w nim realizację jednej usługi, z której miało wynikać wymagane doświadczenie.

Wskazał on bowiem, że zrealizował usługę w okresie od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. na terenie Gminy Biskupice na rzecz tejże Gminy, a usługa ta polegała na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych na terenie tej gminy w ilości 1.137,379 Mg, przy czym nieruchomości było tam ok. 2.700.

Powyższe nie jest prawdą - wywóz odpadów miał miejsce nie w ramach jednej usługi, ale wielu usług. W szczególności w ramach żadnej z tych usług nie odebrano i zagospodarowano wymaganej ilości 1.000 Mg (toni odpadów, przy czym część z usług była realizowana do końca września 2019 r., a kolejna usługa od 4 listopada 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. Nieprawdą jest też zatem, że wykonawca realizował usługę, jak podał, od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r.

Wykonawca natomiast starał się wprowadzić zamawiającego w błąd (i finalnie wprowadził) składając oświadczenie, z którego wynika, że usługa była wykonywana od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r., aby móc zsumować w ten sposób odbierane w tym okresie odpady - gdyż dopiero suma takich odpadów dawała mu przekroczenie progu 1.000 Mg (ton).

b)w odniesieniu do warunku postawionego w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e (a więc też i 5.2.1 lit b SIWZ) wykonawca nie posiada stosownego wpisu. Nie ma on bowiem wpisu w Rejestrze w odniesieniu do transportu odpadów o kodzie 20 0121* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć).

Wynika to jednoznacznie z Rejestru dot. wykonawcy A. Z., gdzie w Dziale VII tabeli 1 pod nazwą „Transport odpadów brak jest wpisu w zakresie ww. odpadów.

Oznacza to zatem, że wykonawca nie spełnia warunku - nie posiada bowiem wpisu do ww. Rejestru w zakresie transportu odpadów, jakie mają być wywożone w ramach zadania. Mimo tego złożył on stosowne oświadczenie, zgodnie z którym spełnia on przedmiotowy warunek.

Jednocześnie, abstrahując od zauważenia powyższych okoliczności podkreślenia wymaga kolejna kwestia.

Kierownik zamawiającego, w postaci Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce, prowadzi kolejny rejestr, a to rejestr działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg”).

Posiadanie wpisu w tym rejestrze stanowi kolejny warunek udziału w postępowaniu postawiony przez zamawiającego - vide rozdział V pkt 5.2.1 lit. a SIWZ w brzmieniu:

posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce

Uzyskanie wpisu w tym rejestrze wymaga złożenia przez dany podmiot wniosku, w którym oświadcza on (pod rygorem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 233 §1 k.p.k.), że spełnia szereg wymogów dotyczących gospodarki odpadami.

Oświadczenia, jakie składa dany wnioskodawca winny być sprawdzone przez właściwy organ - wszystko w celu, aby dochować norm związanych z ochroną środowiska.

Odwolujący po tym, gdy okazało się, że w postępowaniu ofertę złożył Pan A. Z. przedstawił zamawiającemu dowody pokazujące, że warunki te nie są spełnione - a tym samym Pan A. Z. nie powinien być wpisany do przedmiotowego rejestru.

Działania zamawiającego (w tym jego kierownika, a więc osoby podejmującej stosowne decyzje w postępowaniu, w tym np. podpisującej wybór oferty najkorzystniejszej, będącej jednocześnie osobą odpowiedzialną za właściwy przebieg postępowania - art. 18 ust. 1 ustawy) sprowadziły się jedynie do wezwania wykonawcy, by ten odniósł się do zarzutów odwołującego (vide pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2020 r.).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przepisał jedynie punkty ze stosownego rozporządzenia oznajmiając, że wszystkie je spełnia (vide pismo wykonawcy z dnia 20 listopada 2020 r.), próbując jednocześnie bezskutecznie zastrzec te informacje (jak i wszystkie inne dokumenty, także wcześniej złożone) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że prawidłowo działający zamawiający powinien w takiej sytuacji podjąć odpowiednie czynności i sprawdzić, czy przedmiotowe zarzuty są prawidłowe.

W innej sytuacji należy uznać, że dochodzi w istocie do kuriozalnej sytuacji - podmiot, który z jednej strony jest odpowiedzialny za właściwe wydatkowanie środków publicznych stawia warunek, który może spełnić każdy, gdyż ten sam podmiot (a dokładniej działająca w jego imieniu osoba - jego kierownik) nie podejmuje żadnych działań, które mają na celu sprawdzenia czy dany podmiot powinien być wpisany do tegoż rejestru.

Zarzut w tym zakresie, odnosi się zatem nie do tego, że dany podmiot nie spełnia warunku, ale do tego, że w niniejszym postępowaniu miało miejsce naruszenie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.

Od prawidłowo działającego zamawiającego, tj. przestrzegającego zasad uczciwej konkurencji i wdrażającego zasadę równego traktowania wykonawców, należy bowiem oczekiwać tego, że gdy uzyska on stosowne i udokumentowane zastrzeżenia odnośnie spełniania przez dany podmiot warunków uprawniających do uzyskania wpisu (który to wpis stanowi warunek udziału w postępowaniu), podmiot ten, jako w istocie podmiot prowadzący przedmiotowy rejestr, winien podjąć odpowiednie działania sprawdzające - i dopiero po ich przeprowadzeniu decydować się na wybór wykonawcy za publiczne środki (przy czym odwołujący uważa, że takie działania właściwy organ, jako organ administracji publicznej, winien podjąć nie po uzyskaniu zastrzeżeń, ale z urzędu, to jest wtedy, gdy dany podmiot składa u niego stosowny wniosek).

W konsekwencji - ograniczając się już jedynie do niniejszego postępowania ~ należy wskazać, że w niniejszej sprawie doszło do prowadzenia postępowania niezgodnie z ww. zasadami, co też powoduje, że (gdyby jedynie zarzut związany z przedmiotową kwestią był uznany) zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonać sprawdzenia, czy rzeczywiście wykonawca A. Z. spełnia faktycznie przesłanki uzyskania wpisu do ww. rejestru i wykonywania działalności objętej wpisem - w szczególności wymogi zawarte w art. 9d ust. 1 pkt od 1 do 4 ucpg oraz określone w akcie wykonawczym wydanym na podstawie upoważnienia z art. 9d ust. 2 ucpg. Tylko bowiem w takiej sytuacji można mówić o prowadzeniu postępowania w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji, z zachowaniem równego traktowania wykonawców.

W innym wypadku w istocie dojdzie do tego, że postawiony warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. a SIWZ będzie „martwy” (nie będzie miał żadnego sensu) - bo jak inaczej można traktować warunek, który jest spełniony dlatego, że zamawiający (jego kierownik w osobie Burmistrza) nie podejmuje żadnych działań, jakie są od niego wymagane, aby stosowny wpis do ww. rejestru posiadały jedynie podmioty, które właściwie prowadzą swoją działalność w zakresie odpadów. W dniu wyboru (25 listopada) odwołujący skierował do zamawiającego pismo, którym wniósł o to, aby dostarczyć mu dokumenty postępowania.

Dwa dni zajęło zamawiającemu (pismo z dnia 27 listopada 2020 r., piątek, przekazane po godzinie 12) odpowiedzenie, że z uwagi na to, że dokumenty o które wnioskuje wykonawca są sporządzone w formie papierowej, a „z -przyczyn technicznych znacząco utrudnione jest udostępnienie tych dokumentów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z uwagi na ilość żądanych do udostępnienia dokumentów” nie prześle ich odwołującemu w formie elektronicznej. Zamawiający wyznaczył przy tym 30 listopada (poniedziałek) jako najwcześniejszy do tego, aby odwołujący udał się do siedziby zamawiającego i zrobił zdjęcia dokumentacji.

Przedtem jednak odwołujący złożył do zamawiającego pismo z dnia 27 listopada 2020 roku, w którym podniósł istotne argumenty przemawiające na rzecz udostępnienia protokołu postępowania i załączników do protokołu przez przesłanie ich za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający jednak nie dokonał rewizji swojego stanowiska w tej sprawie.

Dowód:- pismo MPGO Sp. z o.o. do Gminy Dobczyce z dnia 27 listopada 2020 roku

Jest to zdaniem odwołującego o tyle kuriozalne, że po pierwsze postępowanie jest prowadzone w formie elektronicznej (vide sposoby komunikacji opisane w rozdziale VIIISIWZ), a po drugie - samo zapoznanie się z dokumentami świadczy o tym, że - z uwagi na ilość dokumentów ~ nie mogły istnieć jakiejkolwiek przeszkody techniczne w ich dostarczeniu. Odwołujący po stawieniu się 30 listopada 2020 r. w siedzibie zamawiającego zrobił bowiem ok. 70 zdjęć - a tyle stron na pewno można przekazać w formie elektronicznej (samo zeskanowanie takich dokumentów i ich przekazanie odwołującemu do kwestia kilku - maksymalnie kilkunastu minut). W ten sposób jednak zamawiający w istotny sposób ograniczył odwołującemu możliwość przygotowania odwołania.

W konsekwencji zatem, gdyby inne zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione - odwołujący wnosi i tak o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co pozwoliłoby odwołującemu na rzeczywiste „posiadanie” okresu, jaki został mu przyznany ustawą na wniesienie odwołania (który to termin jest zastrzeżony także po to, aby wykonawca miał czas zapoznać się z dokumentami wybranego wykonawcy, dokonać ich analizy). Z całą pewnością ograniczenie możliwości o okres 4 dni zapoznania się z dokumentami postępowania miał wpływ na możliwość przygotowania przez odwołującego odwołania - a zachowanie zamawiającego w tym zakresie należy oceniać pod kątem dochowania zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący uważa, że nie sposób uznać, by możliwy był wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał (co podkreślił także w odpowiedzi z dnia 20 października 2020 r.), aby ilości wywiezionych odpadów miały miejsce w wykonaniu jednej usługi. Wskazał bowiem, powtarzając postawiony warunek, w odpowiedzi na pytanie zadane przez wykonawcę A. Z., że nie dopuszcza, aby łączyć ilości odpadów odebranych w ramach więcej niż jednej usługi, a więc że ilości te muszą być zrealizowane w ramach jednej usługi (innymi słowy - usługa zrealizowana przez wykonawcę musiała spełniać całość wymogów, o których mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ samodzielnie).

Wykonawca A. Z. nie posiada natomiast wymaganego doświadczenia. Żadna z usług przez niego realizowanych nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dopiero ich zsumowanie pozwala na spełnienie warunku.

Odwołujący, próbując ustalić, czy wykonawca ma stosowne doświadczenie, zwrócił się do Gminy Biskupice, aby ta wskazała, jak wyglądał proces wywozu odpadów przez wykonawcę. Gmina odpowiedziała odsyłając umowy, jakie wykonawca zawarł z Gminą.

Wynika z nich, że nie była to jedna usługa, jaka miałyby być realizowana od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. (jak przedstawił to wykonawca w załączniku nr 8 „Doświadczenie wykonawcy - wykaz usług”, gdzie w rubryce pn. „Okres wykonywania usługi” wskazał, że usługa ta była realizowana od początku września 2019 r. do końca stycznia 2020 r. i że wywiózł w jej ramach ponad 1.000 ton), ale szereg umów na wykonanie analogicznych usług, przy czym żadna z nich nie przekraczała wymogu wynikającego z SIWZ (1.000 ton). Usługi te nie były przy tym realizowane w sposób nieprzerwany, ale kilka z nich było realizowanych do końca września 2019 r., a następnie kolejna usługa była realizowana od dnia 4 listopada 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r.

I tak, odnosząc się do umów, jakie wykonawca zawarł z Gminą Biskupice odwołujący zauważył, że wykonawca zawarł z Gminą Biskupice w ramach zamówień udzielanych z wolnej ręki:

a.umowę nr RID.272.4.2019 z dnia 16 lipca 2019 r. na okres od dnia 18 lipca 2019 r. do dnia 30 września 2019 r. w przedmiocie wywozu odpadów komunalnych zmieszanych, gdzie w sumie zostało wywiezione 334,8 Mg (czyli ton) odpadów

b.umowę nr RID.272.5.2019 z dnia 22 lipca 2019 r. na okres od dnia 23 lipca 2019 r. do dnia 31 lipca 2019 r. w przedmiocie wywozu odpadów segregowanych oraz biodegradowalnych

c.umowę nr RID 272.7.2019 z dnia 1 sierpnia 2019 r. na okres od dnia 1 sierpnia do dnia 30 września 2019 r. w przedmiocie wywozu odpadów segregowanych oraz biodegradowalnych przy czym na mocy obu (li. b i c) wskazanych umów odebrano 331,4 Mg (ton) odpadów (Gmina Biskupice wskazała sumę odpadów odebranych w ramach obu tych umów)

d.umowę nr RID 272.12.2019 z dnia 4 listopada 2019 r. na okres od dnia 4 listopada 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r. na odbiór odpadów komunalnych.

W ramach tej umowy odebrane zostały odpady - wedle oświadczenia Gminy Biskupice - w ilości 901,16 Mg (ton)

Mniejsza ilość odebranych odpadów z tego okresu wynika z faktur, jakie zostały przedstawione przez wykonawcę A. Z. (faktury te przedstawił wraz z załącznikiem nr 8 - zamiast referencji).

Wynika z nich, że:

-w listopadzie 2019 r. wywiózł on 372,08 Mg (ton) odpadów

-w grudniu 2019 r. wywiózł on 242,70 Mg (ton) odpadów

-w styczniu 2020 r. wywiózł on 279,38 Mg (ton) odpadów (199,4 za podstawowe i 79,98 za dodatkowe)

Daje to w sumie 894,16 Mg (ton) odpadów odebranych na podstawie umowy nr RID 272.12.2019 r. z dnia 4 listopada 2019 r.

Jednakże niezależnie od tego, czy byłaby to liczba wynikająca z referencji (901,16 Mgb czy z sumowania faktur przedstawionych przez wykonawcę (894,16 Mg) - w każdym przypadku jest to ilość mniejsza niż wymagana SIWZ (1.000 Mg).

Powyższe wynika z dokumentów uzyskanych na zapytanie kierowane w trybie dostępu do informacji publicznej do Gminy Biskupice (pismo z dnia 5 listopada 2020 r.).

W odpowiedzi Gmina Biskupice odpowiedziała pismem z dnia 18 listopada 2020 r. wskazując, że przesyła ona odwołującemu referencje oraz wykaz umów, jakie zostały zawarte.

Nie przesyła przy tym ani zestawienia odebranych ilości (o których przesłanie również wnosil odwołujący), a referencje, jakie przesyła - była to jedynie ich pierwsza strona.

Drugą stroną referencji (wystawionych jak wynika z ich treści w dniu 19 października 2020r.) Gmina Biskupice dostala odwołującemu, po szeregu interwencji, w tym na poziomie zarządu - w dniu 4 grudnia 2020 r., jednocześnie w pozostałym zakresie - to jest raportów miesięcznych odebranych przez wykonawcę odpadów - nie jest w stanie przedłożyć w terminie ustawowym (14 dni) i wydłużyła ten termin do połowy stycznia 2021r.

Z uzyskanych przez odwołującego dowodów wynika, że całą pewnością wykonawca nie świadczył jednej usługi na rzecz Gminy Biskupice, jak oświadczył to w załączniku nr 8.

Świadczył on natomiast szereg usług na podstawie kilku umów, w przypadku których żadna z nich nie przekroczyła wymaganej w postępowaniu ilości odebranych odpadów

W tym świetle należy spojrzeć też na pytanie wykonawcy, który (po szeregu zmian dla niego korzystnych w SIWZ) starał się także uzyskać zmianę, aby wymagana ilość (1.000 ton) mogła być sumowana, a nie, aby ilość ta musiała być

odebrana w ramach realizacji jednej usługi.

Wiedział on bowiem, że doświadczenie uzyskane w Gminie Biskupice nie pozwala mu na spełnienie warunku udziału, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ.

Mimo tego, po uzyskaniu niekorzystnej dla siebie odpowiedzi, (tj. odpowiedzi zamawiającego, że SIWZ w tym zakresie nie ulegnie zmianie) wykonawca wpisał do oświadczenia informacje z których wynika, że wykonał jedną usługę - w okresie od dnia 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. i w ramach tej usługi odebrał ponad 1.000 Mg (ton) odpadów. W konsekwencji według odwołującego należy uznać, że wykonawca nie spełnia wymogu, jaki został postawiony przez zamawiającego, to jest, nie posiada doświadczenia w należytych wykonaniu co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów zdaniem odwołującego wskazania wymaga, że wykonawcy mieli posiadać odpowiedni wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów (czy też wpis do BDO w zakresie transportu odpadów)!

Jak już było to wyjaśnione w pkt 1.10 i kolejne odwołania - wpis w zakresie transportu odpadów - to w istocie szereg wpisów odnoszących się do poszczególnych rodzajów odpadów. Aby więc sprawdzić, czy dany wykonawca posiada odpowiednie zezwolenie - należy to zestawiać z odpadami, jakie mają być odbierane na podstawie dokumentacji SIWZ.

Oczywiste jest dla odwołującego bowiem, że warunki stawiane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są stawiane w tym celu, aby wykonawca należycie wykonał prace, jakie mają być zlecone w ramach umowy (zamówienia publicznego). Warunki są zatem stawiane nie jako jakiś abstrakcyjny wymóg, ale w nawiązaniu do tego, co ma zostać objęte zakresem świadczenia wykonawcy. Świadczy o tym zresztą niezbieżność art. 22 ust. 1a ustawy, który odnosi się do zasad tworzenia warunków. Warunki winny być zatem „czytane” łącznie z zakresem prac do wykonania.

Przenosząc to na kanwę niniejszej sprawy odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy zamawiający żądał posiadania wpisu do Rejestru „w zakresie transportu odpadów” - gdy Rejestr ten jest konstruowany w ten sposób, że nie ma w nim ogólnego wpisu „w zakresie transportu odpadów”, a są wpisy odnoszące się do transportu poszczególnych rodzajów odpadów (wedle ich kodów) - oczywiste jest, że warunek ten należy rozumieć w ten sposób, że chodzi o posiadanie wpisu w zakresie transportu odpadów objętych umową (zamówieniem publicznym), to jest takich odpadów, jakie zamawiający wskazał w SIWZ, że będą podlegały odbiorowi (a następnie zagospodarowywaniu).

Jednym z wyraźnie wymienionych odpadów, jakie mają być odbierane w ramach umowy, jaka ma zostać zawarta po rozstrzygnięciu postępowania - są odpady niebezpieczne o kodzie 20 0121* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć).

Sprawdzenie Rejestru pokazuje natomiast, że wykonawca wpisu w tym zakresie nie posiada. Nie można zatem uznać, aby spełniał on warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e) SIWZ [czy też pkt 5.2.1 lit. b) SIWZ - skoro warunki te są analogiczne].

Odwołujący podniósł, że Rejestr jest prowadzony zgodnie z art. 49 ust. 3 ustawy o odpadach w systemie teleinformatycznym. W konsekwencji informacje dot. wpisów można uzyskać przez przeglądnięcie stosownego Rejestru.

Odwołujący dołącza do odwołania dowód w postaci notarialnego protokołu, którego załącznikami są odpowiednie wydruki z przedmiotowego rejestru dla Pana A. Z. Wynika z nich niezbieżność, że Pan A. Z. nie posiada wpisu w zakresie odpadów o kodzie 20 0121* - por. dział VII tabela I rejestru dla Pana A. Z.

Dowód ~ protokół notarialny z dnia 3 grudnia 2020 r. wraz z wydrukami z Internetu dotyczącymi wpisu do rejestru, o którym mowa w art 49 ustawy o odpadach, osoby Pana A. Z. na następujący fakt

- braku wpisu do ww. rejestru dot. transportu odpadów o kodzie 20 01 21* w przypadku osoby A. Z., w tym w dniu składania ofert (porównaj w tym zakresie także rozważania poczynione w pkt 2.26 i 2.27 odwołania)

W ocenie odwołującego zachodzi postawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z winy umyślnej, gdyż wykonawca bowiem mimo pełnej świadomości po jego stronie, że nie wykonał jednej usługi, w ramach której miało miejsce odebranie, jak i zagospodarowanie odpadów w ilości przynajmniej 1.000 Mg (ton) zdecydował się na złożenie oświadczenia w dokumencie JEDZ, zgodnie z którym wskazał, że spełnia on wszelkie warunki postawione w postępowaniu, a więc także i ten wskazany w pkt 5.2.2 SIWZ. Złożył to oświadczenie zamawiającemu przedkładając mu ofertę wraz z JEDZ w dniu 27 października 2020 r. mimo wiedzy, że zamawiający w dniu 20 października 2020 r. jednoznacznie wskazał, że nie ma możliwości sumowania odpadów i konieczne jest spełnienie wymogu ilościowego w ramach wykonania jednej usługi.

Celowe działanie widać jednak w tym zakresie w szczególności w zakresie wypełniania przez niego załącznika nr 8, a następnie przedłożenia tak wypełnionego dokumentu zamawiającemu.

W załączniku tym, który w oczywisty sposób odnosił się do warunku wskazanego w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ, było jednoznacznie wskazane, że zamawiający wymaga podania okresu świadczenia usługi (nie usług) - vide ostatnia kolumna tabeli. Tak samo było wymagane, aby dokonać opisu przedmiotu wykonanej usługi - w tym przez podanie ilości odpadów odebranych i zagospodarowanych w ramach takiej jednej usługi.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kolumn, a więc związanej z czasookresem wykonania usługi – odwołujący wskazał, że wykonawca w tym miejscu podał (znając wymóg i odpowiedź zamawiającego na zadane przez siebie pytanie, że niedopuszczalne jest sumowanie ilości odpadów), że świadczył taką usługę w okresie od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. - co jak już zostało wcześniej wskazane, nie polega na prawdzie.

Podkreślił, że gdyby wykonawca podał prawdziwe dane - to jest, że świadczył kilka usług w okresie do końca września 2019 r., a kolejną usługę świadczył w okresie od 4 listopada 2019 do 31 stycznia 2020 r. - zamawiający z całą pewnością nie mógłby uznać, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W takiej sytuacji (gdyby powiedział prawdę) dla każdego oczywiste byłoby, że nie można mówić o jednej usłudze, ale mamy do czynienia z różnymi usługami - nie można wszak o jednej usłudze mówić, gdy są one rozdzielone okresem czasu, jak i gdy są one realizowane na podstawie różnych umów.

Zamiast tego zdecydował się oświadczyć - niezgodnie z prawdą - że jedną usługę (w ramach której odebrał i zagospodarował ponad 1.000 Mg odpadów) wykonywał w okresie od początku września 2019 r. do końca stycznia 2020 r.

Szczególną uwagę odwołujący zwrócił w tym miejscu na tytuł ostatniej kolumny (a więc tej wypełnianej we ww. przez wykonawcę).

Kolumna ta nie jest zatytułowana np. „okres czasu w jakim odebrano odpady”, ale jest w niej jednoznacznie wskazane „okres wykonywania usługi”, a dwie kolejne podrubryki dodatkowo wskazują „początek (m-sc; rok)” i „koniec (m-sc, rok)”.

W ocenie odwołującego świadczy to niezbiecie o tym, że zamawiający chciał w tym miejscu uzyskać informacje od jakiej daty do jakiej daty świadczona była jedna usługa, która była wymagana SIWZ, w ramach której nastąpił wywóz 1.000 Mg (ton) odpadów.

Nie sposób zdaniem odwołującego przy tym uznać, aby takie działanie po jego stronie było nieumyślne. Wynika to jasno z faktu, że sam widział „niedoskonałość” swojego doświadczenia i starał się - w pierwszej kolejności - uzyskać zmianę SIWZ w tym zakresie (pytanie kierowane przez wykonawcę), na co jednak zamawiający nie przystał. Gdy to się nie udało - postanowił okłamać zamawiającego i wpisać do tabeli informację, jakoby świadczył jedną usługę (jak było to wymagane SIWZ) w okresie od początku września 2019 r. do końca stycznia 2020 r., gdyż dopiero zsumowanie ilości odpadów realizowanych na podstawie różnych umów pozwalało mu na osiągnięcie wymogu (1.000 Mg).

Odwołujący ma świadomość, że kwestia możliwości udowodnienia celowego działania (świadomego) jest często podważana w toku postępowań przez KIO - należy jednak zauważyć, że takie świadome działanie może wynikać z okoliczności sprawy - jak w niniejszej sytuacji - gdzie wykonawca tak złożył oświadczenie, aby zamawiający nie zorientował się odnośnie tego, że odpady nie były odbierane w ramach jednej usługi.

Po drugie, odwołujący podkreślił, że wykonawca składając wypełniony załącznik nr 8, w którym zawarł nieprawdziwe oświadczenie, nie zdecydował się na dołączenie do tego załącznika dokumentu referencji. Z referencji tych bowiem jasno wynikało, że świadczył on na rzecz Gminy Biskupice szereg umów, w tym nie można w żaden sposób zasadnie twierdzić, że jakakolwiek usługa była świadczona od września 2019 r. do końca stycznia 2020 r. (skoro część z nich kończyło się w dacie 30 września, a kolejna była świadczona od dnia 4 listopada).

Wykonawca zatem, aby nie „podłożyć się” zamawiającemu - zdecydował się (mimo tego, że posiadał dokument referencji) na przedłożenie faktur za poszczególne miesiące i wprowadzenie do załącznika oświadczenia, że usługę realizował w okresie od dnia 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r.

Liczył najpewniej na to, że nikt nie będzie drażył tej kwestii, gdyż to wymaga analizy więcej niż jednego dokumentu - sumowania ilości odpadów wynikających z poszczególnych faktur itp. Natomiast w dokumencie referencyjnym wszystkie te fakty były podane „na tacy”.

W konsekwencji zamiast podania dokumentu referencji (który w sposób oczywisty się przedkłada w takich przypadkach - to wszak one stanowią najprostsze potwierdzenie faktu wykonania zamawianych prac) zdecydował się na przedstawienie faktur.

W tym miejscu odwołujący zadał retoryczne pytanie - jaki miałby sens w takim wykazywaniu „prawdziwości” swoich oświadczeń (przez przedkładanie szeregu faktur), zamiast przedłożenia jednej referencji (w której był posiadaniem), jeżeli nie była to próba oszukania zamawiającego.

Odwołujący przyznał, że dopiero po dwóch dniach analizy dokumentów postępowania zrozumiał działania podjęte przez wykonawcę i to dlatego, że posiadał umowy od Gminy Biskupice, jak i wystawione na rzecz Pana Z. referencje.

Wykonawca posiadał referencje od Gminy Biskupice - jak już było wskazane wykonawca uzyskał je po skierowaniu wniosku z dnia 5 listopada 2020 r. Referencje te są adresowane do Pana A. Z., a data ich wydania ukazuje, że otrzymał je na potrzeby niniejszego postępowania (19 października 2020 r., a więc w okresie, gdy wykonawca składał coraz to dalsze pytania celem przekonania zamawiającego, że pierwotnie postawione warunki były niewłaściwe i należy dokonać ich modyfikacji przez rezygnację z części wymogów).

Ponadto data ich wydania (19 października 2020 r.) następuje tuż przed dniem kiedy wykonawca uzyskał niekorzystną dla siebie odpowiedź na swoje wcześniejsze pytanie - a to odpowiedź wskazującą, że niedopuszczalne jest sumowanie ilości odpadów i że wymóg 1.000 ton odnosi się do wykonania jednej usługi.

Tak więc, jak wynika z powyższego, wykonawca uzyskał ten dokument, gdy jeszcze nie wiedział, że odpowiedź zamawiającego będzie dla niego niekorzystna. Stąd też - co oczywiste - postanowił z niego nie korzystać - gdyż gdyby go przedstawił zamawiającemu - w jasny sposób by z niego wynikało, że nie spełnia on wymogów ujętych w SIWZ. Zdecydował się zatem na okłamanie zamawiającego, dając jako dowód należytego wykonania usługi - nie posiadane referencje - ale trudniejsze w tym zakresie „dowody” w postaci faktur (które dodatkowo same w sobie nie mogą być jeszcze dowodem „należytego wykonania” prac - powinny im towarzyszyć np. dowody uzyskania zapłaty - przy czym dowody takie [na należyte wykonanie prac - spełnienie postawionego warunku] winny być przedkładane, gdy dany wykonawca nie może uzyskać referencji).

Podsumowując odwołujący zauważył, że o świadomym działaniu wykonawcy świadczy fakt posiadania przez niego referencji z dnia 19 października 2020 r. i jego decyzja, aby ich nie przedstawiać (gdyż nie byłyby one spójne z tym co musiał przedstawić w ramach załącznika nr 8, aby wprowadzić zamawiającego w błąd) - a zamiast przedstawienia takich referencji - przedłożenie faktur. Raz jeszcze podkreślenia wymaga, o ile prościej byłoby wykonawcy zamiast przedstawiania szeregu faktur przedstawić jeden dokument referencji (gdyby tylko dokument ten byłby zgodny z tym co musiał oświadczyć, aby przynajmniej stworzyć pozory spełnienia warunku).

Po trzecie - odnośnie świadomości po stronie wykonawcy - podkreślenia wymaga, że usługi na rzecz Gminy Biskupice świadczył sam wykonawca (nie posługuje się w tym zakresie referencjami podmiotów trzecich, a sam wykonywał te prace). Ponadto usługi te były świadczone niedawno - i z całą pewnością nie można uznać, by były to jakieś drobne umowy realizowane przez wykonawcę, co do których wykonawca ten nie ma pełnej wiedzy (w gąszczu innych umów realizowanych przez tego wykonawcę).

Powyższe dodatkowo potwierdza to, że działanie wykonawcy było świadome

W konsekwencji odwołujący podkreślił, że wykonawca składając oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 8 złożył nieprawdziwe oświadczenie, gdy wypełniał na rubrykę dotyczącą czasu wykonywania usługi, jak i również powiązana z nią rubrykę zatytułowaną „Opis przedmiotu usługi, w tym liczby ton odebranych odpadów komunalnych. Znowu bowiem - tak samo jak w zakresie wypełniania rubryki dotyczącej czasu realizacji usługi - wpisał on do tej rubryki nie ilości odnoszące się do wykonania którejś z usług które świadczył na rzecz Gminy Biskupice (np. ilości odpadów odebranych w ramach wykonania usługi na podstawie umowy nr RID 272.12.2019, a więc w okresie od dnia 4 listopada 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r.), ale wpisał do tej rubryki sumę usług świadczonych na rzecz tego samego zamawiającego na podstawie różnych umów i w różnych odstępach czasu. Podkreślenia wymaga, że wszystko to zrobił w ramach rubryki pn. „Opis przedmiotu usługi, w tym liczby ton odebranych odpadów komunalnych”.

Tym samym znowu trudno uznać, aby popełnił nieumyślnie błąd (gdy wpisywał datę początkową świadczenia usługi i jej datę końcową), skoro drugi raz - w innej rubryce, która tam samo jednoznacznie odnosiła się do usługi - zsumował on odpady odbierane w ramach świadczenia różnych usług (różnych umów). Co oczywiste - słowa wpisywane przez wykonawcę do tabeli nie są „zawieszane w próżni”, ale odnoszą się do rubryki „tytułowej”, tj. tej, gdzie mowa o „Opisie przedmiotu usługi”

Odwołujący uważa zatem, że z pewnością ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 P2P. wykonawca

działając celowo (zamierzone działanie) wprowadził zamawiającego w błąd, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ.

O wprowadzeniu w błąd odnośnie spełnienia warunku świadczy fakt, że zamawiający na podstawie oświadczenia wykonawcy ujętego w załączniku nr 8 uznał ofertę, jaka została złożona przez wykonawcę jako najkorzystniejszą. Spełniona została zatem i ta przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

Gdyby jednak uznać, że działanie wykonawcy nie było zamierzone, to jego zachowanie należałoby uznać za rażąco niedbałe. Jak już było to wskazane wyżej - to ten podmiot samodzielnie świadczył usługi na rzecz Gminy Biskupice, a więc podpisanie się przez niego pod rubryką, która zawiera oczywiście nieprawdziwe informacje - świadczy o tak istotnym niedbalstwie, że należy je zakwalifikować jako rażące (oczywiście o ile nie uznać, że działał celowo - co w tych okolicznościach powinno być stwierdzone).

Gdyby jednak Izba nie uznała, że w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki stosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, ocenę zachowania wykonawcy należałoby zestawiać z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy i uznać, że wykluczenie winno mieć miejsce na podstawie tego artykułu. Niniejszy zarzut jest zatem zarzutem ewentualnym.

Konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy aktualizuje się wówczas, gdy łącznie wystąpią trzy okoliczności (trzy przesłanki).

Można w tym zakresie posłużyć się jednym z wyroków Izby (z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. KIO 2292/17), w którym to Izba wskazała, że, przesłankami tymi są:

a) przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd,

b) okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego,

c) okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa. Odnosząc się do pierwszej przesłanki odwołujący wskazał, że przedstawienie informacji, które są nieprawdziwe jest równoznaczne z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (tak np. KIO w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 576/17, gdzie Izba wskazała, że „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć nt.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Identyfikując Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 25 września 2017 r., sygn. KIO 1901/17, w wyroku z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. KIO 2543/17, w wyroku z dnia 12 listopada 2018 r. sygn. KIO 2007/17, KIO 2014/17, w wyroku z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1004/17.

Z powyższego wynika, że pierwsza przesłanka sprowadzająca się do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd odnosi się do przypadku, gdy wykonawca poda informacje nieprawdziwe, co w niniejszej sytuacji z całą pewnością miało miejsce – i to dwukrotnie – raz gdy przedstawił w JEDZ oświadczenie, że spełnia wszystkie warunki, drugi raz, gdy przedstawił on załącznik nr 8, gdzie podał nieprawdę odnośnie terminu realizacji jednej usługi, jak i nieprawdę w zakresie tego, jakoby w ramach jednej usługi odebrał odpady w ilości przekraczającej 1.000 Mg (ton).

Drugą przesłanką jest okoliczność, że przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego.

Z całą pewnością w ocenie odwołującego przesłanka ta jest spełniona - wykonawca oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane przez zamawiającego. Na tej też podstawie wybrano ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą. W konsekwencji skoro przepis wymaga, by „mogło to mieć wpływ na wynik postępowania” to tym bardziej należy uznać, że przesłanka ta jest spełniona wówczas, gdy „miało to wpływ” na jego wynik. A bezsprzecznie wpływ to miało - na podstawie m.in. tego oświadczenia miał bowiem miejsce wybór oferty wykonawcy A. Z. .

Odnosząc się do trzeciej przesłanki, a to konieczności wystąpienia lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy składającego oświadczenie odwołujący zauważył, co następuje.

Po pierwsze wskazał, że jak czytamy chociażby w publikacji autorstwa Hanna Gajewska-Kraczkowska, M. Wojciechowski, Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia, Rzeczpospolita, z dnia 15 listopada 2016 r. w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17 „nie ma już potrzeby wykazywania zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tym samym nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawą do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, o ile błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że ocena, czy zachowanie miało cechy lekkomyślności lub niedbalstwa musi być dokonywana w odniesieniu do treści art. 355 §2 KC, a więc z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonawcy składającego oświadczenie.

Profesjonalizm podmiotu, jak wskazuje się w orzecznictwie (por. np. wyrok SN z dnia 22 września 2005 r., sygn. IV CK 100/05) winien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi, jak już było to wcześniej wskazane, uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika- specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej. Obejmuje również znajomość obowiązujących prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. I ACa 1018/05).

W konsekwencji badanie, czy podmiot zobowiązany do postępowania zgodnie z art. 355 §2 KC spełnił warunki tamże opisane musi być przeprowadzone z uwzględnieniem faktu, iż mamy do czynienia z podmiotem od którego wymaga się działania profesjonalnego, który posiada stosowną wiedzę i który tak winien zorganizować swoją działalność, aby można było mówić o niej w kategoriach profesjonalnej. Co jednakże najważniejsze - w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarcza samo niedbalstwo, a więc podanie nieprawdziwych informacji bez jakiegokolwiek zamiaru w wyniku zwykłego błędu.

W niniejszej sprawie wykonawca złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Następnie przedstawił on załącznik nr 8, w którym podał nieprawdziwe, odpowiednio przygotowane dane, odnośnie realizacji jednej usługi. Nawet jeżeli takie dokumenty przygotowywała mu inna osoba - nie sposób uznać, by działanie A. Z., który podpisał się pod tym dokumentem - nie było niedbałe. Nie sprawdziłby on bowiem w takiej sytuacji („nie upewniłby się”), czy dane

podane w takim dokumencie polegają na prawdzie. Gdyby sprawdził (ewentualnie choć przeczytał dokument, który podpisuje) z pewnością wiedziałby, że oświadczenie to nie jest prawdziwe.

Powyższe rozważania prawne można odnieść też w ocenie odwołującego do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e (jak i lit. b) SIWZ, co nastąpiło wówczas, gdy przedstawił on dokument JEDZ.

Będąc wzywany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy przedstawił on w dniu 9 listopada 2020 r. zamawiającemu dokument w którym wskazany został numer wykonawcy, po którym można sprawdzić jego wpis w Rejestrze (BDO). Po analizie wpisów do Rejestru zauważenia wymaga, że w Dziale VII Rejestru pn. „Transportujący odpady”, gdzie uwidaczniane są kody odpadów, nie ma wpisanych wymienionych w SIWZ odpadów pod kodem 20 0121* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć).

W konsekwencji (co było już wcześniej przedstawiane) oświadczenie wykonawcy, że spełnia w warunki udziału w postępowaniu (co zrobił na etapie składania oferty - JEDZ) jest nieprawdziwe, a więc jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd.

Po drugie - znów zestawiając wzorzec profesjonalisty, który powinien sprawdzić, czy składane przez niego oświadczenie polega na prawdzie - zauważenia wymaga, że wykonawca działał w tym zakresie przynajmniej niedbale. Gdyby bowiem sprawdził czy posiadane wpisy w tej rubryce odpowiadają zakresowi odpadów, jakie zostały wskazane w SIWZ - z pewnością nie złożyłby oświadczenia tego rodzaju.

Po trzecie oświadczenie to miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego - na ich podstawie Zamawiający wszak uznał, że wykonawca spełnia przedmiotowy warunek, co też doprowadziło do wybrania oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W tym miejscu Odwołujący chciałby rozwinąć punkt 3 i ewentualny punkt 3a ujęte w wnioskach odwołania (część III odwołania).

Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że z przedstawionego dowodu w postaci wydruku internetowego (zaprotokołowany notarialnie) rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach wynika, że wykonawca A. Z. nie spełniał warunku udziału w postępowaniu (nie posiadał stosownego wpisu, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21*) w dacie składania ofert.

Mimo bowiem faktu, że przedłożony dowód pokazuje stan na dzień 3 grudnia 2020 r. nie sposób uznać, by w dacie składania ofert wykonawca posiadał stosowny wpis w Rejestrze (w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21*).

Wynika to z następujących faktów.

Zgodnie bowiem z ustawą o odpadach - jej artykułem 59 - zmiana wpisu w rejestrze w przypadku zmiany zakresu prowadzonej działalności następuje na podstawie wniosku zainteresowanego. Tym samym, jeżeli wykonawca posiadałby w dacie składania ofert wpis w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21* mógłby go utracić, o ile złożyłby w tym zakresie stosowny wniosek (tj. o wykreślenie tego zakresu prowadzonej działalności).

Powstaje zatem pytanie, czy wykonawca, który potrzebuje wpisu w danym zakresie (tj. transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21*) na cele realizacji umowy z Gminą Dobczyce, w sytuacji gdyby taki zakres miał w dacie składania ofert - występowałby z wnioskiem o jego wykreślenie? Odpowiedni wpis nie jest przecież potrzebny wyłącznie celem spełnienia warunku, ale także po to, aby wykonawca mógł zrealizować umowę (zresztą jest to kwestia oczywista - gdyby wpis ten nie był potrzebny na cele realizacji umowy - zamawiający nie stawiałby tego wymogu jako warunku udziału w postępowaniu - w końcu warunki związane z posiadaniem stosownych uprawnień muszą być właściwe w odniesieniu do danego zamówienia - inaczej nie byłyby proporcjonalne i naruszałyby w ten sposób art. 22 ust. 1a ustawy. Ponadto fakt, że wpis ten jest konieczny, aby prowadzić w tym zakresie działalność wynika wprost z przepisów - art. 50 ust. 3 ustawy o odpadach w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b ww. ustawy).

Odpowiedź jawi się odwołującemu więc jako oczywista.

Tym samym już w ramach samej oceny dowodów, o której mowa w art. 190 ust. 7 ustawy, można ustalić, że wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w dacie składania ofert.

Odwołujący wnosi pomimo to, z ostrożności procesowej, jak w punkcie 3 i ewentualnym 3a wniosków (żądań) zawartych w odwołaniu. W tym miejscu należy bowiem wskazać, że zgodnie z przepisami (art. 49 i kolejne ustawy o odpadach) rejestr jest prowadzony (i jest dostępny) w systemie teleinformatycznym, pokazując stan z chwili dostępu (a więc „aktualny”), nie pozwalając prześledzić historycznych zmian. Żadne przepisy ustawy nie przewidują możliwości innego dostępu, w tym także i uzyskiwania zaświadczeń odnośnie informacji (wpisów) w nim ujawnionych. W konsekwencji odwołujący w myśl art. 250 §1 KPC nie jest sam w stanie uzyskać takich dokumentów.

W konsekwencji odwołujący, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, wniosł o to, by Izba zwróciła się do (ewentualnie gdyby sama nie miała takich kompetencji - aby na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy w zw. z art. 1192 §1 KPC w zw. z art. 250 §1 KPC zwróciła się do Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, aby ten zażądał od podmiotu prowadzącego rejestr dla wykonawcy, tj. Marszałka Województwa Małopolskiego (ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków) poświadczonych przez ten organ odpisów dokumentów (w tym istniejących w formie elektronicznej) z rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, a dotyczących wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. - nr wpisu do rejestru 000140094 - w zakresie tego, czy wykonawca ten posiadał wpis w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 0121* w dacie składania ofert (27 października 2020 r.) i w okresie późniejszym, oraz w zakresie wszelkich wniosków tego wykonawcy, które miałyby odnosić się do dokonania wpisu w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 0121*, w tym istniejących w formie elektronicznej, ewentualnie informacji, że wykonawca ten żadnych takich wniosków w tym zakresie nie składał.

Odwołujący nie ma możliwości samodzielnego uzyskania takich informacji - ma on tylko możliwość przeglądnięcia aktualnej treści Rejestru.

Podkreślenia dodatkowo wymaga, że zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy o odpadach wniosek o zmianę wpisu może być dokonany po fakcie (tj. najpóźniej w dacie 30 dni, od dnia, w którym nastąpiła zmiana). Mając na uwadze okoliczność, że dołączona do odwołania, potwierdzona notarialnie, informacja z Rejestru ukazująca, że wykonawca nie posiada wpisu w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21* jest datowana na dzień 3 grudnia 2020 r. - nie ma możliwości, aby Pan A. Z. mógł jeszcze złożyć wniosek „z datą wsteczną”. Nawet gdyby go złożył w dacie 4 grudnia 2020 r., po tym jak notariusz poświadczył informację wynikającą z Rejestru, to i tak mógłby się cofnąć maksymalnie o 30 dni do tyłu, co oznaczałoby datę 3 listopada 2020 r., podczas gdy powinien on posiadać stosowne uprawnienia już w dacie 27 października 2020 r. (dacie składania ofert).

Odwołujący zauważył, że powyższa okoliczność dodatkowo uzasadnia wniosek o tym, iż w niniejszej sprawie doszło do

ziszczenia się przesłanek stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy (zarzut B.31. Otóż bowiem w sytuacji, gdy zamawiający otrzymał wszelkie dokumenty „formalne” (po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy) musiał uznać, że pomimo tego, że w rejestrze nie ma wpisu w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 01 21*, to wykonawca może złożyć wniosek o wpisanie także tego zakresu w terminie do 30 dni licząc od daty zmiany, a więc maksymalnie do dnia 26 listopada 2020 r., przy czym skoro złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu (a więc także i rzeczony zakres wpisu), to z pewnością wniosek taki złoży najpóźniej we wskazanym w ustawie terminie.

Odwołujący przeprowadził szczegółowy wywód dotyczący tego kiedy i jakie wnioski mógł złożyć wykonawca i jakimi informacjami powinien była dysponować zamawiający.

W tej bowiem konkretnie sytuacji, z uwagi na treść art. 59 ustawy o odpadach, zamawiający został wprowadzony przez wykonawcę w błąd w zakresie okoliczności mającej istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Gdyby bowiem nie oświadczenie wykonawcy, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu (a więc także i warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. e i b SIWZ), zamawiający nie mógłby uznać, że - w sytuacji otrzymania zaświadczenia o wpisie do rejestru (o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach), który zawierał numer wpisu dla Pana A. Z. (co pozwoliło zamawiającemu sprawdzić rejestr na stronie www. i zobaczyć, że nie ma tam wpisu w zakresie transportu odpadów - w odniesieniu do odpadów o kodzie 20 0121*) – A. Z. spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W konsekwencji pokazana wyżej wykładnia postępowania zamawiającego, oparta o art. 59 ustawy (a tym samym i ukazująca ziszczenie się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy) wydaje się być jako jedyna prawidłowa. Inaczej musielibyśmy uznać, że zamawiający nie dokonał czynności sprawdzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, celem zweryfikowania spełnienia przez wykonawcę A. Z. wymaganych zakresów - po tym, gdy w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy otrzymał on od wykonawcy zaświadczenie o wpisaniu do rejestru (bez podawanych zakresów, a jedynie z podaniem numeru rejestrowego). Wydaje się, że aż takie zaniechanie zamawiającego (brak w ogóle sprawdzenia treści rejestru) nie mogłoby mieć miejsca.

Odwołujący dalej wskazał, że istnieje i druga samodzielna podstawa do wykluczenia wykonawcy. Zauważenia bowiem wymaga, że wykluczenie wykonawcy jest dodatkowo uzasadnione treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

W sposób oczywisty wszak z powyższych okoliczności wynika, że wykonawca A. Z. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - to jest na dzień składania ofert nie posiadał on stosownego wpisu do Rejestru. Nie jest on przy tym w stanie warunku tego zgodnie z ustawą o odpadach „uzupełnić” - na dzień składania ofert (wówczas, gdy składał on zapewnienie, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu) - wpisu takiego nie miał. W konsekwencji jakiegokolwiek wezwania ze strony zamawiającego do wykazania spełnienia tego warunku byłoby bezprzedmiotowe - wszak nie sposób byłoby obecnie doprowadzić do tego, że w ten sposób w wykazie znalazłby się wpis na datę 27 października 2020 r.

Jeżeli jednak Izba uzna inaczej, to jest nie uzna któregośkolwiek z zarzutów skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy, z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący postawił zarzut związany z zaniechaniem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a więc brakiem wezwania wykonawcy A. Z. wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. b i e SIWZ (a więc wykazania, że wykonawca posiada na datę składania ofert wpis do Rejestru w zakresie transportu odpadów, o których mowa w SIWZ, a więc i odpadu o kodzie 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ, a więc zaniechania wezwania wykonawcy do wykazania swojego doświadczenia w zakresie należytego wykonania co najmniej jednej usługi, w ramach której nastąpiło odebranie i zagospodarowanie przynajmniej 1.000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2.000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

W tym miejscu dodatkowo odwołujący wskazał, że wykonawca nie wykazał do tej pory w żaden sposób, aby należycie wykonał usługi. W szczególności dowodem takim nie mogą być faktury (vide §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia „w sprawie dokumentów”).

Wykonawca winien podlegać wykluczeniu stąd niniejsze zarzuty składane są jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej.

Zamawiający mimo tego, że postępowanie jest prowadzone elektronicznie (vide rozdział VIII SIWZ), a ilość dokumentów, jakie miał przesłać nie była w żadnym zakresie istotna (ok. 70 stron, wliczając w to wszystkie oświadczenia członków Komisji Przetargowej udzielone w trybie art. 17 ust. 2 ustawy, jak i opinię dot. tego, czy można uznać za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co starał się zrobić wykonawca) postanowił po dwóch dniach od wniosku odpowiedzieć, że nie widzi możliwości przesłania takich dokumentów (a więc już po upływie 20% typowego czasu na wniesienie odwołania), po czym zaprosił odwołującego do zapoznania się z dokumentami postępowania u niego w siedzibie wyznaczając jako możliwy termin najwcześniejszy dzień 30 listopada, a więc dzień gdy mija już 40% standardowego czasu na wniesienie odwołania.

W konsekwencji nie sposób nie zauważyć, że w ten sposób zamawiający pozbawił odwołującego czasu, jaki zapewnia mu zamawiający celem możliwości wniesienia odwołania. Oczywiście nie uniemożliwiło to wniesienie przez odwołującego odwołania - jednakże ograniczyło mu czas na jego przygotowanie, a tym samym także może i znalezienie kolejnych nieprawidłowości w ofercie wykonawcy. W tym właśnie odwołujący upatruje naruszenia przepisów ustawy - na dzień dzisiejszy nie jest w stanie powiedzieć, czy byłoby jeszcze jakieś dalsze zarzuty - bo po prostu nie miał tyle czasu, ile powinien mieć celem skonstruowania odwołania.

Nie może ulegać przy tym wątpliwości, że dopiero po uzyskaniu przedmiotowych dokumentów odwołujący jest w stanie w pełni badać zasadność wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej - wszak procedura odwrócona ma to do siebie, że dopiero po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, a nie wraz z ofertą, przedstawiane są kluczowe dokumenty w postępowaniu, które pozwalają badać, czy konkurent odwołującego spełnia warunki itp.

W konsekwencji w sytuacji, gdyby inne zarzuty nie zostały uwzględnione, i tak zasadne staje się uwzględnienie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu - celem zapewnienia odwołującemu możliwości sprawdzenia dokumentów konkurencji w czasie, jaki jest dla takich działań zastrzeżony przez ustawodawcę, a który to czas został w istotny sposób skrócony przez zamawiającego w związku z czynnościami podjętymi przez niego w sposób naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy.

Jak już było to wskazane we ww. punktach - od należycie działającego zamawiającego, który nie tylko wydatkuje środki publiczne, ale też musi przestrzegać zasad związanych z ochroną środowiska, należy wymagać, aby jego działanie nie było li tylko pozorowane (do czego sprowadza się jego działanie w tej sprawie - polegające na wezwaniu wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień), ale - skoro organ działający w jego imieniu prowadzi przedmiotowy rejestr - w sytuacji

uzyskania udokumentowanych zastrzeżeń - winno mieć miejsce upewnienie się przez zamawiającego, że wykonawca uzyskał wpis do rejestru działalności regulowanej w sposób prawidłowy. Tym bardziej, że Burmistrz, a więc organ prowadzący ww. rejestr i odpowiedzialny za jego właściwe prowadzenie, jest jednocześnie w rozumieniu ustawy „kierownikiem” zamawiającego, a więc jest zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy podmiotem odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwolujący podniósł ponadto, iż w trakcie trwania postępowania przedłożył do zamawiającego oraz do Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce szereg pism, w których informował o nieprawidłowościach dotyczących bazy magazynowo-transportowej wykonawcy A. Z., które były tego rodzaju, iż powinny skłaniać zamawiającego do przeprowadzenia oględzin nieruchomości oraz do podjęcia dalszych kroków odnośnie prawidłowości składanych oświadczeń na etapie uzyskiwania wisu.

Dowody:- pismo MPGO Sp. z o.o. z dnia 30 października 2020 roku zat. wniosek o

przeprowadzenie kontroli podmiotu wpisanego do RDR w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - wykonawcy wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej (wniesione osobiście do Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce w dniu 3 listopada 2020 roku);

-pismo MPGO Sp. z o.o. z dnia 5 listopada 2020 roku zat. pismo wnioskodawcy

-uzupełnienie podania o dalsze wnioski i przytoczenie nowych faktów oraz przedłożenie dowodów z fotografii (wysłane do Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce w formie dokumentu elektronicznego w dniu 6 listopada 2020 roku oraz nadane w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 9 listopada 2020 roku) wraz z załącznikami: siedmioma fotografiami barwnymi, kolorowym wydrukiem planu pobranego ze strony: <https://mapy.geoportal.gov.pl>, urzędowym poświadczeniem przedłożenia pisma oraz dowodem wysłania pisma przesyłką poleconą

-pismo Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce z dnia 17 listopada 2020 roku (znak RO.1431.85.2020.JOBR) - stanowiące odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej zawarty w punkcie I pisma wnioskodawcy z dnia 30 października 2020 roku, wniesionego do tut. Urzędu w dniu 3 listopada 2020 roku, zat. wniosek o przeprowadzenie kontroli podmiotu wpisanego do rdr w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - wykonawcy wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej

-pismo MPGO Sp. z o.o. adresowane do Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce oraz Gminy Dobczyce z dnia 25 listopada 2020 roku (wysłane do Urzędu Gminy i Miasta Dobczyce przesyłką poleconą priorytetową w dniu 26 listopada 2020 roku)

Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) statuuje wymogi, które koniecznie musi spełnić podmiot świadczący usługi polegające na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

I. §2 ust. 1 pkt 1 stanowiący, iż podmiot odbierający odpady komunalne musi zapewnić, aby „teren bazy magazynowo-transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym

II. §2 ust. 2 pkt 2 stanowiący, iż podmiot odbierający odpady komunalne musi zapewnić, aby „miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu

III. §2 ust. 2 pkt 4 stanowiący, iż podmiot odbierający odpady komunalne musi zapewnić, aby „ teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21)”;

IV. §2 ust. 2 pkt 5 lit. a stanowiący, iż podmiot odbierający odpady komunalne musi zapewnić, aby baza magazynowo-transportowa była wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów.

Odwolujący przywołał powyższe przepisy w odwołaniu, gdyż prosta analiza zdjęć i filmu zawnioskowanych jako dowody jednoznacznie wskazuje, że warunki te nie są spełnione w przypadku bazy magazynowo-transportowej wykonawcy.

W konsekwencji też z dużą dozą prawdopodobieństwa można uznać, że skoro A. Z. nie był w stanie spełnić tych najbardziej podstawowych wymogów w zakresie tego jak powinna wyglądać baza - tym bardziej nie spełni też innych wymogów, których spełnienie może być ustalone przez właściwe ku temu osoby kontrolujące w ramach kontroli. Jednak nawet bez sprawdzenia tych dalszych wymogów - już brak spełnienia wyżej wskazanych oznacza, że Andrzej Zyguła nie powinien uzyskać wpisu do rejestru.

Podkreślenia przy tym wymaga, że Pan A. Z., tak w CEIDG, jak i w Rejestrze BDO - posiada ujawniony tylko jeden adres prowadzenia działalności - Trąbki (gm. Biskupice) pod nr. 451 (32-020 poczta Wieliczka). Tyle, że pod tym adresem znajduje się nieruchomość mieszkalna, która w żaden sposób nie jest przystosowana do prowadzenia działalności jako baza magazynowo-transportowa.

Na powyższe fakty odwołujący powołał następujące dowody:

Dowody:- protokół notarialny z dnia 3 grudnia 2020 r. wraz z wydrukami z Internetu

dotyczącymi wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, osoby Pana A. Z.

-wypis z CEIDG dot. Pana A. Z.

-fotografie ozn. lit. A-K

Nie było jednak problemem dla odwołującego ustalenie, gdzie wykonawca prowadzi swoją „bazę”. Wystarczyło sprawdzić jak przemieszczają się pojazdy wykonawcy. Zdaniem odwołującego już samo niezgłoszenie do właściwego rejestru adresu rzeczywistego miejsca bazy świadczy o prowadzeniu działalności w sposób sprzeczny z przepisami prawa z zakresu gospodarki odpadami i normującymi funkcjonowanie Rejestru (BDO). Podmiot, który prowadzi taką działalność musi bowiem być całkowicie transparentny, aby istniała możliwość prowadzenia kontroli tej jakże ważnej z punktu widzenia ochrony środowiska działalności gospodarczej. Przechodząc jednak do rzeczywistej „bazy” wskazania wymaga, że wykonawca A. Z. faktycznie wykorzystuje w charakterze bazy inną nieruchomość, również położoną w miejscowości Trąbki - a mianowicie nieruchomość bez numeru adresowego składającą się z działek ewidencyjnych o numerach: 959/3, 959/5, 959/6, 959/7 i 959/8.

Zestawiając powyżej zacytowane wymogi (pkt I-IV) z tą bazą wskazania wymaga, że:

Odnosnie ww. punktu I

Baza ta jest na terenie częściowo nieogrodzonym i tym samym brak jest przeszkód, które uniemożliwiałyby osobom nieupoważnionym wstęp na teren bazy - co jest sprzeczne z dyspozycją §2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Na powyższy fakt Odwołujący przedstawia następujące dowody:

Dowody:- nagranie wideo nr 1 (film z uwagi na kwestię możliwości jego dostarczenia

zostanie przedstawiony na rozprawie przed KIO)

-fotografie o numerach od 1 do 39 Odnosnie ww. punktu II

Na terenie bazy znajduje się wyłącznie nawierzchnia gruntowa, na terenie bazy brak jest nawierzchni bitumicznej,

betonowej itp. - która byłaby nawierzchnią nieprzepuszczalną, i tym samym zapewniającą ochronę przed emisją do gruntu zanieczyszczeń w miejscu parkowania pojazdów - co jest sprzeczne z treścią §2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia. Nota bene z przedłożonych przez odwołującego dowodów wyraźnie wynika, że pojazdy specjalistyczne przeznaczone do przewozu odpadów należące do wykonawcy faktycznie parkują na terenie tej bazy na niezabezpieczonym gruncie.

Na powyższy fakt odwołujący przedstawił następujące dowody:

Dowody:- nagranie wideo nr 1

-fotografie o numerach od 1 do 39

Teren bazy nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne; na terenie bazy brak jest jakichkolwiek instalacji i urządzeń kanalizacyjnych, które zapewniałyby odprowadzanie wód opadowych i ścieków przemysłowych - a zatem sprzecznie z dyspozycją § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia.

Na powyższy fakt Odwołujący przedstawia następujące dowody:

Dowody:- nagranie wideo nr 1

-fotografie o numerach od 1 do 39 Odnośnie ww. punktu IV

Na terenie bazy nie znajdują się żadne wyznaczone miejsca do parkowania pojazdów. Na powyższy fakt odwołujący przedstawił następujące dowody:

Dowody:- nagranie wideo nr 1

-fotografie o numerach od 1 do 39

Zgodnie z tym, co stanowi art. 9j ust 1 i 1c ucpq:

Art. 9j. 1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje decyzje o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, w przypadku gdy:

1)przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4, niezgodne ze stanem faktycznym;

2)przedsiębiorca nie usunął naruszeń warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej w wyznaczonym przez organ terminie;

3)stwierdzi rażąco naruszenie warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej przez przedsiębiorcę.

1c. W przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust 1, wójt, burmistrz lub prezydent miasta z urzędu wykreśla przedsiębiorcę z rejestru.

2.38Oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4 to oświadczenie, gdy dany wykonawca pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadcza, że spełnia warunki uzyskania wpisu do tego rejestru, w tym ww. warunki wynikające z ww. rozporządzenia.

Według odwołującego z tego wynika, że gdy oświadczenie to jest nieprawdziwe, kierownik zamawiającego „wydaje decyzję o zakazie wykonania działalności przez takiego przedsiębiorcę (ust. 1), co obligatoryjnie nakazuje wykreślić takiego wykonawcę z rejestru, do którego wpis stanowi warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. a SIWZ.

W konsekwencji zatem, gdyby zamawiający postąpił zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust 1ustawy i dokonał realnego sprawdzenia wykonawcy - w szczególności, gdy jako organ administracji publicznej otrzymuje przed dokonaniem wyborem informację (uzasadnioną i udokumentowaną), że dany wykonawca winien być wykreślony z rejestru o którym mowa w art. 9c ucpq - niemożliwy byłby wybór wykonawcy, jako tego który nie spełnia wskazanego w pkt 2.38 warunku. Zamawiający tego jednak nie uczynił, co zdaniem odwołującego świadczy o naruszeniu przedmiotowych zasad.

W dniu 8 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 11 grudnia 2020r. wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa z siedzibą w Trąbkach 451 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a stan faktyczny opisany przez odwołującego nie miał miejsca i zamawiający prowadził postępowanie prawidłowo, a wniesione odwołanie może pozbawić przystępującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 grudnia 2020r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 grudnia 2020r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według dołączonego rachunku.

Niezasadny jest zdaniem zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z rozdziałem V pkt 5.2.2, SIWZ przez uznanie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, gdyż aby spełnić postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany (po dokonanych zmianach) w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu — w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych, od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkuje mieszkańcy.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 6.3.2 pkt c) dla wykazania tego warunku wykonawca musiał przedłożyć wykaz usług — wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ - 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6.11.2020 r. wykonawca przedstawił oświadczenie według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. W oświadczeniu wskazał, że w okresie od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. wykonał na rzecz Gminy Biskupice usługę, której przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie tej Gminy 1137,379 Mg, nieruchomości ok. 2700. Do oświadczenia załączone były następujące faktury wystawione dla

nabywcy Gminy Biskupice, z których wynikały należności za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych: faktura nr 9/19 z dnia 01.10.2019r. za odpady w ilości 114,52 Mg odebrane w miesiącu wrześniu 2019 r. zgodnie z umową nr RID.272.4.2019 z dnia 16.07.2019 r., faktura nr 10/19 z dnia 16.10. 2019 r. za odpady w ilości 128,699 Mg odebrane w miesiącu wrześniu 2019 r. zgodnie z umową nr RID.272.7.2019 z dnia 01.08.2019 r., faktura nr 11/2019 z dnia 04.12.2019 r. za odpady w ilości 372,08 Mg odebrane w miesiącu listopadzie 2019 r. zgodnie z umową nr RID.272.12.2019 z dnia 04.11.2019 r., faktura nr 14/2019 z dnia 30.12.2019 r. za odpady w ilości 242,70 Mg odebrane w miesiącu grudniu 2019 r. zgodnie z umową nr RID.272.12.2019 z dnia 04.11.2019 r., faktura nr 3/2020 z dnia 03.02.2020 r. za odpady w ilości 199,40 Mg odebrane w miesiącu styczniu 2020 r. zgodnie z umową nr RID.272.12.2019 z dnia 04.11.2019 r. faktura nr 6/2020 z dnia 03.02.2020 r. za odpady w ilości 79,98 Mg odebrane w miesiącu styczniu 2020 r. zgodnie z umową nr RID.272.12.2019 z dnia 04.11.2019 r. co dało łącznie ilość 1 137,379 Mg odpadów. Na każdej fakturze znajdowało się potwierdzenie jej wpływu do Urzędu Gminy Biskupice

W tych okolicznościach zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Takie rozstrzygnięcie zakwestionował odwołujący w oparciu o art. 7 ust. 1 ustawy podnosząc, że zgodnie z określonym warunkiem oraz wyjaśnieniami udzielonymi przez zamawiającego w dniu 20 października b.r. cyt. usługa zrealizowana przez wykonawcę musiała spełniać całość wymogów, o których mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ samodzielnie. W jego ocenie wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem wykazana usługa realizowana na rzecz Gminy Biskupice nie była jedną usługą ale było to cyt. szereg umów na wykonanie analogicznych usług. Żadna z tych usług nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a dopiero ich zsumowanie spełnia warunek.

Z takim stanowiskiem nie mógł się zgodzić zamawiający W pierwszej kolejności podkreślił należy, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie zdefiniował pojęcia „jednej usługi”. Przede wszystkim nie wskazał, że pod tym pojęciem należy rozumieć jedynie realizację usługi na podstawie jednej umowy czy jednego zamówienia. Również w odpowiedzi z dnia 20 października 2020 r. udzielonej na zapytanie wykonawcy zamawiający odwołał się jedynie do postanowień SIWZ, co odwołujący potwierdził w swoim wywodzie.

Zatem dokonując oceny spełnienia przedmiotowego warunku należało przyjąć rozumienie potoczne tego pojęcia, czyli jako coś co należy lub należało wykonać. W konsekwencji należało przyjąć, że usługą może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów. Tym bardziej, że ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie byłoby właściwe, skoro celem winna być możliwość zweryfikowania jakie prace wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z nimi poradził.

Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w doktrynie i orzecznictwie, gdzie przyjęto za dopuszczalne by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich (tak np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Jeżeli zatem instytucja zamawiająca nie przewidziała wyrażnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, ale też nie wyłączała takiej możliwości to zgodnie z wymienionym wyżej wyrokiem jest to dopuszczalne.

Również w wyroku z dnia 4 grudnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ. Skoro nie istnieje ogólna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów. Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie z 2004 n - Prawo zamówień publicznych nie odnosi się do jednej umowy, bowiem art. 2 pkt 10 ustawy wskazuje na aspekt przedmiotowy. Zgodnie z tym przepisem przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. (sygn. akt KIO 2352/19).

Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dla oceny spełniania warunku udziału w takim przypadku decydujące znaczenie ma postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości, co w przedmiotowej sprawie miało miejsce.

Skoro zatem Zamawiający w treści warunku użył określenia „jedna usługa”, którego rozumienia nie dookreślił w treści dokumentacji przetargowej, natomiast „usługa” świadczona była przez Wykonawcę na rzecz tego samego podmiotu w wyniku zawarcia 3 umów o tożsamym przedmiocie, co odwołujący przyznaje, to jest to zgodne z treścią postawionego warunku. Natomiast stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ i stanowi niedozwoloną modyfikację warunku udziału w postępowaniu tymczasem, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzyć wymagań.

Istotnym w sprawie jest również, że odwołujący, nie zarzuca zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechania wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia wymienionego wyżej warunku.

Tym samym zamawiający przyjął, że i w jego ocenie warunek ten został przez wykonawcę spełniony.

Za bezzasadny uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit b) i e) SIWZ przez uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (zdublowanych w dwóch literach SIWZ) w zakresie posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (a więc rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce nieruchomościami (BDO)), o których mowa w ustawie o odpadach w zakresie transportu odpadów podczas gdy Wykonawca nie spełnia powyższego warunku, w szczególności bowiem nie posiada on w przedmiotowym rejestrze wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć (kod 20 01 21 *), które to odpady jako niebezpieczne mają być odbierane w ramach zamówienia (rozdział V pkt 3.20 pkt 2 ppkt 6 w zw. z pkt 3.20 pkt 7 lit. b tiret szósty SIWZ). Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2.1 . zamawiający uzna, że warunek posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zostanie spełniony, jeżeli wykonawcy wykażą, iż:

- a)posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce,
- b)posiadają wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów.

Stosownie do rozdziału VI pkt 6.3.2 SIWZ w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić na wezwanie zamawiającego potwierdzenie stosownych wpisów.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6.11.2020 r. wykonawca na potwierdzenie warunku opisanego w rozdziale V pkt 5.2.1 lit b) złożył potwierdzenie wpisu do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) z dnia 15.07.2019znak: SR-VII.7245.22.2982.2019AL wydane przez Marszałka Województwa Małopolskiego.(dokument w aktach sprawy).

Odwołujący wywiódł w treści odwołania, że zaświadczenie to nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu

opisanego w rozdziale V pkt 5.21. lit. b) SIWZ. Jego zdaniem cyt. warunki stawiane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są stawiane w tym celu, aby wykonawca należycie wykonał prace jakie mają być zlecane w ramach umowy (zamówienia publicznego). Zatem warunki są stawiane w nawiązaniu do tego, co ma zostać objęte zakresem świadczenia wykonawcy i powinny być „czytane” łącznie z zakresem prac do wykonania. Zaś jednym z wyraźnie wymienionych odpadów, jakie mają być odbierane w ramach umowy są odpady niebezpieczne o kodzie 20 01 21*. Wykonawca zaś nie posiada wpisu w zakresie tego kodu.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się zamawiający. Zwrócił bowiem uwagę, że treść warunku sformułowanego przez zamawiającego odnosiła się jedynie do konieczności posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów.

Z postanowienia tego żadną miarą nie wynika zatem, jakoby wykonawca musiał posiadać wpis do BDO obejmujący wszystkie kody odpadów, jakie będą odbierane w trakcie realizacji umowy.

Bezzasadne jest dokonywanie przez odwołującego rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat zakresu świadczenia wykonawcy zawartego w opisie przedmiotu zamówienia. Sporny warunek nie odwoływał się też nawet w sposób ogólny do postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia czy wzoru umowy. Jeśli wolą zamawiającego byłoby, aby wykonawca już na etapie ofertowania posiadał wpis do BDO obejmujący wszystkie rodzaje odpadów, jakie będzie odbierał zgodnie z umową, to taka intencja zamawiającego musiałaby być wyraźnie zaszyfrowana wykonawcom np. przez sformułowanie, że wymagany jest wpis do BDO "w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia", "w zakresie odpadów wymienionych w punkcie X specyfikacji istotnych warunków zamówienia", itp. Nic takiego nie zastrzeżono jednak w treści spornego warunku.

Przypomniał, że warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy, nie muszą być identyczne z OPZ i najczęściej takie nie są. Warunki muszą być jedynie proporcjonalne do OPZ "Proporcjonalne" zaś oznacza "znajdujące się w odpowiedniej proporcji", a nie takie same, czy identyczne. Podkreślił, że do zamawiającego, jako autora specyfikacji, należy określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób jasny, precyzyjny, wyraźny. Do zamawiającego należy także określenie zakresu i szczegółowości wymaganych oświadczeń i dokumentów składanych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Przepis art. 25a ust. 1 ustawy wskazuje, że oświadczenia odnoszą się do "zakresu wskazanego przez zamawiającego" w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To zamawiający "wskazuje" wykonawcom, jakie oświadczenia i dokumenty mają złożyć celem wykazania warunku (wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1800/20) Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku z dnia 23 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 42/19 oraz w wyroku z dnia 3 marca 2020 r. sygn. akt KIO 326/20.

W przedmiotowej sprawie za koniecznością interpretowania spornego warunku w sposób przyjęty przez zamawiającego przemawia także całokształt postanowień SIWZ, które w sposób precyzyjny nakazywały posiadanie wpisu do BDO w zakresie wszystkich odbieranych kodów odpadów dopiero podczas realizacji umowy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w szczegółowym opisie zamówienia nie wskazywano kodów odpadów które będą odbierane od właścicieli nieruchomości (rozdział III pkt 3.2.1 ppkt 1 SIWZ) z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (rozdział III pkt 3.2.2 ppkt 1 SIWZ) czy w ramach Mobilnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (rozdział III pkt 3.12.1 SIWZ). Dodał, że w rozdziale III pkt 3.22 SIWZ, zamawiający wskazał, że zadani należy wykonać zgodnie m.in. z przepisami ustawy o odpadach. Ponadto zgodnie z rozdziałem IV pkt 4.4.1 lit. a) SIWZ przed podpisaniem umowy wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia zamawiającemu m.in. wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów. Stosownie zaś do S 13 ust. 2 istotnych postanowień umowy wykonawca w czasie trwania umowy musi posiadać wszystkie wymagane przepisami prawa wpisy i zezwolenia niezbędne do wykonywania umowy.

Wskazać należy również, że na moment sporządzania tego pisma procesowego wykonawca uzyskał już wpis do BDO obejmujący wszystkie kody odpadów przewidziane do odbioru w trakcie realizacji umowy

Skoro zatem z dokumentacji postępowania nie wynikało, aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia spornego warunku miał przedstawić wpis do BDO w zakresie wszystkich odbieranych kodów, to przedkładając wymieniony wyżej dokument wpisu do BDO spełnił warunek udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający prawidłowo nie wykluczył wykonawcy z postępowania i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Za całkowicie chybyony uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit a) SIWZ sprowadzające się do tego, że nie nastąpiło — w sytuacji podniesienia przez uczestnika postępowania w jego toku uzasadnionych i udokumentowanych zastrzeżeń — sprawdzenia przez zamawiającego czy wykonawca w sposób zasadny posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej (zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) podczas gdy rejestr ten jest prowadzony przez organ zamawiającego tj. Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce, a wpis do tego rejestru stanowi warunek udziału w postępowaniu podczas gdy zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wymaga, aby zamawiający — którego kierownik (osoba odpowiedzialna za prowadzenie postępowania) tj. Burmistrz (który prowadzi również rejestr, do którego wpis stanowi warunek udziału w postępowaniu) — w sytuacji otrzymania odpowiednio udokumentowanych zastrzeżeń dokonał sprawdzenia zasadności dokonania wpisu do rejestru przed wyborem takiej oferty (zarzut A.3).

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, co odwołujący specjalnie podkreśla, że zarzut skonstruowany jest na naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy. Tymczasem przepis ten nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania, Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to odwołujący powinien skonstruować zarzut przez wskazanie zasady i konkretnego przepisu. Już z tych powodów zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności procesowej zamawiający podniósł, że stawiając powyższy zarzut odwołujący nie bierze pod uwagę, że unormowania ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2020 r. poz. 713 z późn.zm) przewidziały dla wójtów (burmistrzów, prezydentów) podwójną rolę — z jednej strony są to organy administracji publicznej wydające rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej (art. 39), a z drugiej strony występują jako organ wykonawczy gminy reprezentujący ją na zewnątrz (art.33). Wbrew twierdzeniom odwołującego w postępowaniu administracyjnym wójt działa nie jako organ gminy (zamawiającego), ale w interesie państwa jako organ państwa powołany w celu realizacji norm prawa administracyjnego, w sposób i ze skutkami właściwymi temu prawu, działający w granicach przyznanych mu przez prawo kompetencji.

W przedmiotowej sprawie podstawą działania Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce jako organu administracji są

przepisy ustawy 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.). Zgodnie z art. 9b tej ustawy działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086). Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej "rejestrem", prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W myśl art. 9c ust. 4 ustawy wpis dokonuje się w oparciu o oświadczenie, że dane zawarte we wniosku są kompletne i zgodne z prawdą oraz że żądający wpisu spełnia warunki wykonywania działalności ustalone w ustawie oraz przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 9j ustawy wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem m. in. w przypadku gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4 ustawy, niezgodne ze stanem faktycznym.

W świetle powołanych przepisów, ani zamawiający w trakcie trwającej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie mają podstaw prawnych do dokonania oceny zdaniem odwołującego wadliwego wpisu Wykonawcy do rejestru działalności regulowanej.

Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu wykazał, że posiada aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Dobczyce. Tym samym, jeżeli zdaniem odwołującego w procedurze administracyjnej poprzedzającej wpis wykonawcy do rejestru zostały złożone nieprawdziwe oświadczenia, to należało zakwestionować decyzję o wpisie w przewidzianym do tego trybie. Na podobnym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 marca 2020 r. sygn. akt KIO 326/20.

Niezależnie od powyższego zamawiający poinformował, że zawiadomieniem z dnia 27.11.2020r. wszczął kontrolę wykonawcy w zakresie spełnienia wymagań określonych w art. 9d i 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. 2013.122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z uwagi jednak na okoliczności wymienione w pkt IV kontrola ta nie została jeszcze zakończona.

Za nietrafny uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 1) pkt 3 ppkt 1 SIWZ przez umożliwienie odwołującemu sposobności zapoznania się z dokumentacją postępowania (w tym protokołem z niego wraz z załącznikami) dopiero w dniu 30 listopada 2020 r. pomimo tego, że odwołujący złożył wniosek już w dniu 25 listopada (tj. w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej) jak i brak przekazania tego dokumentu w formie elektronicznej podczas gdy nie było żadnych przeszkód, aby przekazać te dokumenty już w dniu przekazania prośby przez odwołującego 25 listopada, ewentualnie w dniu 26 listopada i to w formie elektronicznej w jakiej prowadzone było postępowanie. Dokonując oceny, czy dokumenty zostały udostępnione zgodnie z powołanymi przepisami zwrócić uwagę należy, że w okresie od 19 października 2020 r., w związku z eskalacją zachorowań na Covid-19, zamawiający musiał dokonać zmiany organizacji pracy wprowadzając system zmianowy, w tym cztery godziny pracy pracownika na stanowisku pracy. Taka organizacja obowiązywała również po znówelizowaniu w dniu 2 listopada Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. poz. 1758 z późn.zm.) i wprowadzeniu w urzędach administracji publicznej do dnia 4 grudnia 2020 r. pracy zdalnej.

Wymienione wyżej okoliczności oraz fakt, że wniosek odwołującego wpłynął do Urzędu w dniu 25.11.2020r - po godz. 13, jak również okoliczność, że część dokumentów sporządzona została w postaci papierowej i z przyczyn technicznych znacząco utrudnione było udostępnienie tych dokumentów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej i dodatkowo w okresie tym pojawiły się dni wolne od pracy tj. sobota i niedziela to zasadnie można przyjąć, że udostępnienie protokołu i załączników w dniu 30.11.2020r. nastąpiło bez zbędnej zwłoki. Co zaś do sposobu udostępnienia wskazać należy, że w wyroku z 21 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1057/10 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawodawca nie precyzuje, co należy rozumieć przez pojęcie „znaczące utrudnienie” przesłania kopii protokołu lub załączników. Każdy zamawiający sam zatem ocenia, czy w danym przypadku występują przyczyny techniczne znacząco utrudniające przesłanie dokumentacji, czy nie. Jest to ocena subiektywna na zawsze uzależniona od możliwości technicznych i organizacji rac zamawiającego.

Za nietrafny uznał zamawiający zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w związku z rozdziałem 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu (oświadczenie JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał i zagospodarował w ilości ponad 1000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miała być świadczona od dnia 1 września 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r., co było podstawą uznania przez zamawiającego, że wykonawca spełnia warunki, o którym mowa w rozdziale V pkt. 5.2.2 SIWZ, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej (zarzut B. 1) oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w związku z rozdziałem V pkt 5.2.2. SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu mimo, iż wykonawca przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu przez podanie informacji, że po pierwsze spełnia on warunki w postępowaniu (JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał on i zagospodarował odpady w ilości 1.000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miała być świadczona od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. (zarzut B.2).

Wbrew twierdzeniom odwołującego brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17. Zgodnie z tymi przepisami 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 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17). Nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd w sytuacji, gdy wykonawca prawidłowo wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jak już wskazano w pkt I uzasadnienia, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie zdefiniował pojęcia „jednej usługi”. Przede wszystkim nie wskazał, że pod tym pojęciem należy rozumieć jedynie realizację usługi na podstawie jednej umowy czy jednego zamówienia. Również w odpowiedzi z dnia 20 października 2020 r. udzielonej na zapytanie wykonawcy zamawiający odwołał się jedynie do postanowień SIWZ, co odwołujący potwierdził w swoim wywodzie. Dlatego złożone przez wykonawcę oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku 8, potwierdzone fakturami było zgodne z rzeczywistością, Wbrew twierdzeniom odwołującego nie zmieniał tego fakt, że wykonawca nie dołączył na potwierdzenie należytego wykonania usługi referencji,

ale faktury. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2018 r. sygn. akt. KIO 1728/18 faktura wystawiona przez wykonawcę dla zamawiającego, jest jednym z możliwych do przedstawienia dokumentem, albowiem potwierdza prawidłową realizację dostawy, gdyż zwyczajowo przyjęte jest, że dowód zakupu wystawiany jest po dokonaniu takowego, z uwzględnieniem wszystkich aspektów związanych z odbiorem dostawy i sprawdzeniem jej prawidłowości, zakresu, wyposażenia, itp. Dodać należy, że wszystkie faktury miały prezentatę Urzędu Gminy Biskupice. Bezzasadny jest zdaniem zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit, b) i lit e) SIWZ przy zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu mimo, iż wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu (zarzut B.3).

Zamawiający podkreślił, że w całości zarzuty te — B. 1, B.2 i B.3 — są niezasadne. Podstawa tych zarzutów, powielająca de facto zarzuty zawarte w punktach lit A1 i A.2 jest zupełnie chybiona, zarówno w zakresie rzekomego niespełnienia przez wykonawcę warunków odnośnie wymogu ilościowego odpadów jak i w zakresie rzekomego braku posiadania przez wykonawcę wpisu w zakresie kodu 20 01 21*, stąd brak jest podstaw zarówno do odrzucenia oferty, jak i do wykluczenia wykonawcy, czy wreszcie, bo i taki wniosek pojawił się w odwołaniu — do nakazania zamawiającemu w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Za nietrafny zamawiający uznał zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z rozdziałem VI lit e) SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodu posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach potwierdzającego, że Wykonawca w dniu składania ofert spełniał warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1. lit, b) i lite) SIWZ, a więc, że na dzień składania ofert posiadał wpis do wyżej wymienionego rejestru w zakresie odpadów jakie mają być wywożone w ramach postępowania, a więc i odpadu niebezpiecznego o kodzie 20 01 21*

Jak już wykazano w pkt. II uzasadnienia z dokumentacji postępowania nie wynikało, aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia spornego warunku miał przedstawić wpis do BDO w zakresie wszystkich odbieranych kodów. Zatem przedkładając dokument wpisu do BDO wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Tym samym zamawiający nie miał podstawy do wzywania wykonawcy o uzupełnienie dokumentu i wykazanie, że wykonawca posiada wpis w zakresie wywozu odpadów o kodzie 20 01 21*.

Chybiony jest również zdaniem zamawiającego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z rozdziałem V pkt.5.2.2.SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby, że spełnił on wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu.

Jak już wskazano w pkt. I uzasadnienia odwołujący nie zarzuca zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechania wykluczenia Wykonawcy z powodu niespełnienia wymienionego wyżej warunku. Tym samym należy przyjąć, że i w jego ocenie warunek ten został przez wykonawcę spełniony. Tym samym brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości pisemnego stanowiska nie składał.

Odwołujący przedstawił replikę wobec odpowiedzi na odwołanie, w której wnosil i wywodził jak w odwołaniu oraz powołał nowe dowody.

Przystępujący wobec oświadczenia przez odwołującego na rozprawie, że wraz z odwołaniem nie przekazał dowodu z filmu opisanego na str. 36 siwz i dowodu z drugiego filmu sporządzonego po dacie wniesienia odwołania wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy tj. z powodu nieprzekazania zamawiającemu kompletnej kopii odwołania.

Zamawiający przyłączył się do tego stanowiska.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania wskazując, że podał wniosek dowodowy z przeprowadzenia dowodu z odtworzenia filmu i wskazał, że dowód ten przedłoży na rozprawie z uwagi na brak możliwości jego przekazania w formie elektronicznej z uwagi na rozmiar pliku.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz ze zmianami i wyjaśnieniami z dnia 9 i 20 października 2020r. oferty przystępującego, wezwania do złożenia dokumentów skierowanego do przystępującego, odpowiedzi przystępującego na wezwanie, dowodów dołączonych do odwołania, dowodów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie, dowodów dołączonych do repliki odwołującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z treści siwz wynika, że:

3.2. 1. Wykonawca podczas realizacji usługi jest zobowiązany w szczególności do:

1) odbioru i zagospodarowania całej ilości (z zastrzeżeniem pkt lit n) wytworzonych na Nieruchomościach następujących frakcji odpadów komunalnych:

- a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- b) papier;
- c) metal;
- d) tworzywa sztuczne;
- e) odpady opakowaniowe wielomateriałowe;
- f) szkło;
- g) bioodpady;
- h) odpady niebezpieczne;
- i) przeterminowane leki i chemikalia;
- j) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek;
- k) zużyte baterie i akumulatory;
- l) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny;
- m) meble i inne odpady wielkogabarytowe;
- n) zużyte opony – 4 sztuki na rok na nieruchomość,
- o) odpady tekstyliów i odzieży.

2) zagospodarowania odpadów odebranych z Nieruchomości z uwzględnieniem obowiązujących przepisów w tym postępowania z odpadami zgodnie z hierarchią, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j.: Dz. U. 2020r. poz. 797 z późn. zm.),

3) spełniania wymogów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych

wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 r. poz. 122) ,

4) ponoszenia wszelkich opłat związanych z gospodarowaniem odpadami komunalnymi,

5) zwrotu Zamawiającemu w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania kwoty stanowiącej równowartość wszelkiego rodzaju podatków, kar pieniężnych, grzywien i innych należności lub opłat nałożonych na Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustaw w tym administracyjnym lub karnym na skutek wszelkich zaniedbań Wykonawcy lub zaniedbań osób przy pomocy których wykonuje on usługę, albo podmiotów, którym powierzył wykonanie czynności objętych umową,

6) uporządkowania terenu po odbiorze odpadów w tym uprzątnięcia tzw. luzów, które wysypały się podczas ładowania lub w wyniku opóźnionego wywozu czy przepełnionego pojemnika lub kontenera

3.18 Charakterystyka Gminy Dobczyce:

Ilości odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych w 2019 r.:

- Baterie i akumulatory łącznie z bateriami i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01, 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowane baterie i akumulatory zawierające te baterie (20 01 33*) — 0,1100 Mg

- Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23 i 20 01 35 (20 01 36) -0,8730 Mg

- Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki (20 01 35*) 0,1830 Mg

b) Ilości odpadów odebranych w PSZOK w 2019 r.

-Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (20 01 21*) — 0,0730 Mg

5.2. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu muszą spełniać warunki udziału o których mowa w art. 22 ust. 1b) ustawy, zamawiający będzie rozpatrywał

5.2.1 w zakresie warunku osiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej:

a)posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce,

b)posiadają wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia,

e)aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów oraz zbierających zużyty sprzęt.

5.2.2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu — w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych, od co najmniej 2000 nieruchomości: na których zamieszkują mieszkańcy w okresie co najmniej kolejno następujących po sobie 12 miesięcy.

W przypadku wykonawców realizujących usługę, która nie została jeszcze zakończona, ilość odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych od co najmniej 2000 nieruchomości zamieszkałych (rozliczonych na dzień składania ofert) nie może być mniejsza niż 1000 ton odpadów komunalnych w okresie maksymalnie 12 miesięcy.

Warunek, o którym mowa w pkt 5.2.2 SIWZ, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, musi zostać spełniony samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.

5.2.3 Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą spełnia nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach (wymaganych przez zamawiającego i podanych w SIWZ) dołączonych do oferty.

6.3.2 w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy- spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

a)wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy Dobczyce,

d)aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów oraz zbierających zużyty sprzęt.

f)Wykaz usług wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy;

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

VII.1 . Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1 126 z późn. zm.), składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonych za zgodność z oryginałem.

VII.3. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.

Wyjaśnienia treści siwz z dnia 9 października 2020r. :

Pytanie nr 1.

W jakim celu jest obowiązek posiadania zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w przypadku, gdy odpady zebrane bezpośrednio od mieszkańców będą transportowane bezpośrednio do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych?

Odpowiedź nr 1.

Zamawiający zmienia zapisy rozdziału V SIWZ w punkcie 5.2.1. który otrzymuje nowe brzmienie:

„5.2.1. w zakresie warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej:

a) posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce,
b) posiadają wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów.”

Pytanie nr 2.

Proszę o zmianę postawionego warunku zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie „w okresie co najmniej kolejno następujących po sobie 12 miesięcy”, proszę o wykreślenie zapisu.

W jednym zapisie posiadania wiedzy zostały postawione trzy warunki:

- odbiór od co najmniej 2000 nieruchomości;

- 1000 ton odebranych odpadów;

- w kolejno po następujących po sobie 12 miesięcy.

Wykonawca, który odebrał 1000 ton odpadów komunalnych z 2000 nieruchomości, może zagwarantować Zamawiającemu odbiór odpadów z należytą starannością.

Odpowiedź nr 2.

Zamawiający zmienia zapisy rozdziału V SIWZ w punkcie 5.2.2 który otrzymuje nowe brzmienie:

„5.2.2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych, od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

W przypadku Wykonawców realizujących usługę, która nie została jeszcze zakończona, ilość odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych od co najmniej 2000 nieruchomości zamieszkałych (rozliczonych na dzień składania ofert) nie może być mniejsza niż 1000 ton odpadów komunalnych.

Warunek, o którym mowa w pkt 5.2.2 SIWZ, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, musi zostać spełniony samodzielnie przez minimum jednego z Wykonawców występujących wspólnie.

Nie jest dopuszczalne łączenie (sumowanie) wyżej wymaganego doświadczenia w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia.”

1. W związku z powyższym zmianie ulega w rozdziale VI pkt 6.3.2 otrzymując nowe brzmienie:

„6.3.2 w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy- spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez

Burmistrza Gminy Dobczyce,

b) Wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 793 ze zm.) w zakresie transportu odpadów,

c) Wykaz usług – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ - 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

2. Zmianie ulega w rozdziale XV pkt 2 otrzymując nowe brzmienie:

1. : Przed zawarciem umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu następujących dokumentów:

4) wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów,

5) wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy Dobczyce.”

W dniu 14 października 2020r. zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

VI.3)

Informacje dodatkowe:

W ogłoszeniu o zamówieniu nr 2020/S 185-446993 zmianie ulega:

a) sekcja III.1.1 i otrzymuje nowe brzmienie:

„Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Wykaz i krótki opis warunków:

a) posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce;

b) posiadają wpis do rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO), o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów”;

b) sekcja III.1.3 i otrzymuje nowe brzmienie:

„Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należytych wykonaniu (lub w wykonywaniu – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej

na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1 000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2 000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

W przypadku Wykonawców realizujących usługę, która nie została jeszcze zakończona, ilość odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych od co najmniej 2 000 nieruchomości zamieszkałych (rozliczonych na dzień składania ofert) nie może być mniejsza niż 1 000 ton odpadów komunalnych.”;

Wyjaśnienia treści siwz z dnia 20 października 2020r.:

Pytanie numer 1

W związku ogłoszeniem przetargu nieograniczonego na "świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położonych na terenie Gminy Dobczyce oraz pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Dobczycach" w terminie od 01.01.2021r. do 31.12.2021r" zwracam się z pytaniem w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia tj, czy Zamawiający dopuszcza łączenie warunku polegającego na sumowaniu referencji w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów, a dokładnie w ilości ton.

Odpowiedź numer 1

W odpowiedzi na pytania (umieszczonej na stronie Zamawiającego w dniu 09.10.2020 – Zamawiający wskazał następujące kryteria w kategorii wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w należyтым wykonaniu (lub w wykonywaniu –w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych, od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. W przypadku Wykonawców realizujących usługę, która nie została jeszcze zakończona, ilość odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych od co najmniej 2000 nieruchomości zamieszkałych (rozliczonych na dzień składania ofert) nie może być mniejsza niż 1000 ton odpadów komunalnych.

W związku z powyższym nie dopuszczalne jest sumowanie referencji w tym zakresie.

W dniu 6 listopada 2020r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w pkt. 2 do złożenia

- wpisu do działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ustawy ucpg,

- wpisu do rejestru bazy BDO,

- wykazu usług według załącznika nr 8.

W zakresie wezwania przystępujący złożył pismo z dnia 15 lipca 2019r. Marszałka Województwa Małopolskiego potwierdzającego aktywność wpisu przystępującego o numerze 00140094, informację Burmistrza Gminy Dobczyce z dnia 21 lutego 2020r. o wpisie w tym dniu pod numerem 24/2020 przystępującego do rejestru działalności regulowanej oraz wykaz usług, w którym wskazał wykonanie usługi na rzecz Gminy Biskupice na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Biskupice w ilości 1137,379 Mg z ok 2700 nieruchomości o wartości 1 087 112,40zł. w okresie od 1 września 2019r. do 31 stycznia 2020r.

Jako potwierdzenie należytego wykonania usługi przystępujący załączył faktury VAT:

- nr 9/2019 z dnia 1 października 2020r. dotyczące umowy nr RID.272.4.2019 z 16 lipca 2019r. na 114,52 Mg odpadów, z prezentatą Urzędu Gminy Biskupice

- 10/2019 z dnia 16 października 2020r. dotyczące umowy nr RID.272.7.2019 z 1 sierpnia 2019r. na łączną ilość odpadów 129,699 Mg, z prezentatą Gminy Biskupice

- 11/2019 z dnia 4 grudnia 2019r. dotyczącą umowy nr RID.272.12.2019 z dnia 4 listopada 2019r. na łączną ilość odpadów 358,74 Mg z prezentatą Gminy Biskupice

- 14/2019 z dnia 30 grudnia 2019r. dotyczącą umowy nr RID.272.12.2019 z dnia 4 listopada 2019r. na łączną ilość odpadów 242,7 Mg – z prezentatą Gminy Biskupice

- 6/2020 z dnia 3 lutego 2020r. dotyczącą umowy nr RID.272.12.2019 z dnia 4 listopada 2019r. na łączną ilość odpadów 79,98 Mg – bez prezentaty, ale z oznaczeniem mechanizm podzielonej płatności

- 3/2020 z dnia 3 lutego 2020r. dotyczącą umowy nr RID.272.12.2019 z dnia 4 listopada 2019r. na łączną ilość odpadów 199,4 Mg – z prezentatą Gminy Biskupice

Łączna ilość odebranych odpadów z wszystkich faktur to 1122,039 Mg.

W dniu 18 listopada 2020r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia czy posiada bazę magazynowo-transportową spełniającą wymagania par. 2 ust. 1 pkt 1 – 4 i 5 lit. a-d rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122), czy posiada pojazdy spełniające wymagania określone w par. 3 pkt. 1 tegoż rozporządzenia i czy spełnia wymagania określone w par. 4 ust. 1-5 tegoż rozporządzenia.

Wykonawca w dniu 20 listopada 2020r. wyjaśnił:

1)par. 2 ust. 2 pkt. 1

Teren bazy magazynowo-transportowej jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym (teren ogrodzony).

2)par. 2 ust. 2 pkt. 2

Miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu (teren wybetonowany).

3)par. 2 ust. 2 pkt. 3

Na terenie bazy jest wyznaczone miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, które jest zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, jednak odpady nie są magazynowane selektywnie na terenie bazy.

4)par. 2 ust. 2 pkt. 4

Teren bazy magazynowo-transportowej jest wyposażony w urządzenia zapewniające zagospodarowanie wód opadowych pochodzących z terenu bazy (studzienki, odstojniki).

5)par. 2 ust. 2 pkt. 5 lit. a

Baza magazynowo-transportowa jest wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów.

6)par. 2 ust. 2 pkt. 5 lit. b

Na terenie bazy magazynowo-transportowej znajduje się pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób.

7)par. 2 ust. 2 pkt. 5 lit. c Jak w pkt. 3

8)par. 2 ust. 2 pkt. 5 lit. d

Na terenie bazy nie następuje magazynowanie odpadów, w związku z tym nie jest potrzebna legalizowana samochodowa waga najazdowa.

9) par. 3 pkt. 1

Stan pojazdów przystosowanych do odbioru odpadów komunalnych to dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, pojazdy są wyposażone w wymagania techniczne opisane w par. 5.

10) par. 4 pkt. 1

Urządzenia (pojazdy) są utrzymane we właściwym stanie technicznym i sanitarnym.

11) par. 4 pkt. 2

Pojazdy i urządzenia są zabezpieczone przed niekontrolowanym wydostawaniem się na zewnątrz odpadów podczas ich magazynowania, przeładunku, a także transportu.

12) par. 4 pkt. 3

Pojazdy i urządzenia są poddawane myciu i dezynfekcji z częstotliwością gwarantującą zapewnienie im właściwego stanu sanitarnego.

13) par. 4 pkt. 4

14) Posiadamy aktualne dokumenty potwierdzające wykonanie czynności, o których mowa w par. 4 pkt. 3 niniejszego rozporządzenia.

15) par. 4 pkt. 5

Na koniec każdego dnia roboczego pojazdy są opróżniane z odpadów i są parkowane wyłącznie na terenie bazy magazynowo-transportowej

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego do odwołania wynika, że z podglądu wniosku w rejestrze BDO Działu VII Transportujący odpady dla miejsca prowadzenia działalności Trąbki nr 451 wskazano kody odpadów, przy czym dla kodów odpadów rozpoczynających się liczbą 20 wymieniono następujące kody: 20 01 01, 20 01 02, 20.01.08, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 23, 20 01 25, 20 01 26, 20 01 28, 20 01 30, 20 01 31, 20 01 32, 20 01 33, 20 01 34, 20 01 35, 20 01 36, 20 01 37, 20 01 38, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 41, 20 01 80, 20 01 99, 20 02 01, 20 02 02, 20 02 03, 20 03 01, 20 03 02, 20 03 03, 20 03 04, 20 03 04, 20 03 06 2003 07 20 03 99

Z wniosku o udostępnienie informacji publicznej wynika, że odwołujący zwrócił się w dniu 5 listopada 2020r. do Gminy Biskupice czy A. Z. występował o wystawienie referencji bądź innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i w przypadku pozytywnej odpowiedzi o udzielenie informacji ile, kiedy i jakie referencje (bądź inne dokumenty) zostały wydane i udostępnienie treści tych referencji.

W dniu 18 listopada 2020r. Wójt Gminy Biskupice udostępnił informację publiczną, z której wynika, że :

- na rzecz A. Z. została wystawiona referencja z dnia 19 października 2020r. potwierdzająca wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na podstawie umów:

1. RID.272.4.2020 z 16 lipca 2019 w ramach której odebrano 334,80 Mg z ok 2700 nieruchomości,

2. RID.272.5.2019 z 22 lipca 2019r. w ramach której odebrano łącznie 331,43 Mg.

- umowę z A. Z. nr RID.272.7.2019 obowiązującą w okresie 1 sierpnia 2019- 30 września 2019r.

- umowę z A. Z. nr RID.272.5.2019 obowiązującą w okresie 23 lipca 2019r – 31 lipca 2019r.

- umowę z A. Z. nr RID.272.4.2019 obowiązującą w okresie 18 lipca 2019r. 30 września 2019r.

- protokół z negocjacji prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki 12 lipca 2019r. z udziałem A. Z., zgodnie z którym umowa na odpady zmieszane zostanie zawarta na okres 18 lipca 2019 do 30 września 2019r. umowa na odpady segregowane pierwsza na okres 23 lipca 31 lipca 2019r. kolejna od 1 sierpnia 2019 do 30 września 2019r.

- formularz cenowy do umowy nr RID.272.12.2019 podpisany m. in. przez A. Z.,

- formularz cenowy do umowy nr RID.272.10.2019 podpisany m. in. przez A. Z.

- umowę nr RIS.272.12.2019 z A. Z. obowiązującą w okresie 4 listopada 2019 31 stycznia 2020r.

- protokół z negocjacji prowadzony w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 29 października 2019r. z udziałem A. Z., z którego wynika, że strony negocjowały odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Biskupice w okresie 1 listopada 2019r. 31 stycznia 2020r.

- formularz cenowy podpisany p. A. Z. jednak nie można ustalić do której umowy

- formularz cenowy podpisany p. A. Z. jednak nie można ustalić do której umowy

- aneks nr 1 do umowy RID.272.4.2019r. zmieniający wysokość wynagrodzenia A. Z.,

- aneks nr 1 do umowy RID.272.7.2019 zmieniający wynagrodzenie A. Z.

- aneks nr 2 do umowy nr RIS.272.4.2019 zmieniający wynagrodzenie A. Z.,

- aneks nr 2 do umowy nr RID.272.7.2019 zmieniający wynagrodzenie A. Z.

- aneks nr 1 do umowy nr RID.272.12.2019 zmieniający wynagrodzenie A. Z.,

- formularz cenowy do tego aneksu

- w dniu 4 listopada 2020r. odwołujący wystąpił do Wójta Gminy Biskupice z wnioskiem o udostępnienie informacji o wszystkich umowach zawartych przez Gminę Biskupice wraz z załącznikami do tych umów oraz wszystkich protokołów postępowania i załączników do tych protokołów których przedmiot stanowiło świadczenie A. Z. usług polegających na odbiorze lub transporcie lub zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych,

- W dniu 2 grudnia 2020r. odwołujący wystąpił do Wójta Gminy Biskupice o przesłanie kompletnej referencji, Wójt odpisał 4 grudnia 2020r. przekazując kompletną referencję, w której poza umowami RID.272.4.2019 i RID.272.5.2019 referencja dotyczyła także umowy nr RID.272.12.2019, z której w okresie 4 listopada 2019-31 stycznia 2020r. odebrano 901,16 Mg odpadów z ok. 2 700 nieruchomości i z treści wynika, że usługa była realizowana z należyłą starannością.

- w dniu 4 grudnia 2020r. Wójt Gminy Biskupice powiadomił o przedłużeniu terminu na udostępnienie informacji publicznej, z wniosku z 20 listopada 2020r. do 15 stycznia 2021r.

- fotografie A-K ukazują zabudowania jednorodzinne segmentowej oraz fotografie 1-39 ukazują miejsce prowadzenia działalności gospodarczej z zabudowaniami, pojazdami, hałdami ziemi i piasku oraz kontenerami.

- w dniu 25 listopada 2020r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o niezwłoczną realizację przesłania dokumentów złożonych do protokołu postępowania w formule elektronicznej na adres pełnomocnika odwołującego,

- w dniu 3 listopada 2020r. odwołujący złożył u Burmistrza Gminy Dobczyce wniosek o przeprowadzenie kontroli podmiotu wpisanego do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w stosunku do podmiotu A. Z., jeśli kontrola była prowadzona w ciągu ostatnich dwóch lat o udostępnienie jej protokołów, a jeśli nie o jej przeprowadzenie z urzędu,

- w dniu 5 listopada 2020r. odwołujący uzupełnił podanie o dalsze wnioski i przytoczenie nowych faktów i dowodów.

- w dniu 17 listopada 2020r. zamawiający poinformował odwołującego, że nie prowadził kontroli u A. Z.,
- w dniu 25 listopada 2020r. odwołujący wniósł o udzielenie mu informacji, co zamawiający zrobił w przedmiocie wniosku o wszczęcie kontroli.

W dniu 27 listopada 2020r. zamawiający poinformował odwołującego, że z przyczyn technicznych z uwagi na dużą ilość żądanych dokumentów nie jest w stanie przekazać jej odwołującemu i zaprosił do oględzin dokumentacji postępowania w dniu 30 listopada 2020r.

Dowody zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- wydruk z rejestru BDO Ministerstwa Ochrony Środowiska z dnia 22 grudnia 2020r. sporządzonego dla miejsca prowadzenia działalności Trąbki 451 na terenie Gminy Dobczyce wynika, że w tej dacie w poz. 145 ujawniony jest kod 20.01.21 lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć,
- z zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli z dnia 27 listopada 2020r. wynika, że Burmistrz Gminy i miasta Dobczyce pismem znak GPS.6232.83.2020.MAKR zawiadomił o zamiarze wszczęcia kontroli w stosunku do ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. Trąbki 451, Wieliczka w zakresie spełniania wymagań określonych w art. 9d i 9 e ucpgf oraz w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. ,
- posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta i Gminy Dobczyce, posiadania wpisu do bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO) w zakresie transportu,
- posiadania umowy z instalacją komunalną co do przetwarzania odpadów komunalnych,
- zarządzenia z dnia 16 października nr 183/2020 Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce, zarządzenia z dnia 28 października 2020r. nr 190/2020, zarządzenia z dnia 12 listopada 2020r. nr 197/2020, zarządzenia z dnia 4 grudnia 2020r. nr 207/2020 wynika, że od 19 października do 13 grudnia 2020r. zamawiający w celu zapobiegania epidemii pracownicy zostaną przydzieleni do bezpośrednich przełożeń na dwa uzupełniające się zespoły (osoby zastępujące się w wykonywaniu obowiązków służbowych powinny się znaleźć w dwóch różnych grupach). Po przypisaniu pracownika do zespołu nie ma możliwości przeniesienia go do alternatywnej grupy. Zespoły pracują w systemie zmianowym I zmiana od 7:30 do 11:30 II od 12:00 do 16:00 pozostałe cztery godziny pracownik będzie wykonywał swoje obowiązki poza miejscem jej stałego wykonywania. Zespoły mają obowiązek dopilnowania, aby nie doszło między nimi do kontaktu. Każdy z zespołów pracuje na przypisaną mu zmianę przez cały tydzień roboczy. W kolejnym tygodniu następuje zmiana.

Dowody przedłożone przez odwołującego do repliki:

- z informacji o odrzuceniu oferty ANBUD FUH A. Z. z postępowania na przetwarzanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Wieliczka z podziałem na Sektor I (zadania 1-4), Sektor II (zadania 5-8), oraz odpadów z PSZOK (zadania 9-11) wynika, że zamawiający w warunku określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zapewnią, że usługi przetwarzania odpadów będą wykonywane w instalacji odzysku, o której mowa w art. 38b ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, a wykonawca posiada dla tej instalacji decyzję właściwego organu obejmującą zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 16 01 03, 20 03 07, 20 01 23, 20 01 33, 20 01 34, 20 01 35, 20 01 36, zatem z dowodu tego wynika, że Gmina Wieliczka wskazała w warunku, że decyzje muszą dotyczyć konkretnych kodów odpadów.
- dowody z nagrania video nr 1. Mp4 i Trąbki 12.06.mp4 prezentuje widok z lotu ptaka (prawdopodobnie drona) wygląd nieruchomości zaprezentowanych w materiale zdjęciowym firmy zostały wykonane w różnych datach.

Informacja o wyniku naboru z dnia 28 kwietnia 2011r. o zakończeniu procedury naboru na stanowisko podinspektora ds. zamówień publicznych w Gminie Biskupice i profilu J. K. – Z. – Izba postanowiła oddalić te dowody jako nie służące udowodnieniu okoliczności podniesionych w zarzutach odwołania, a więc zbędne dla rozstrzygnięcia, a powołane jedynie dla zwłoki.

Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę:

Izba ustaliła, że w zakresie warunków dotyczących posiadania uprawnień zamawiający żądał, zgodnie z modyfikacją z dnia 9 października 2020r. posiadania wpisu do BDO w zakresie transportu odpadów. Zamawiający w pkt. 3.2.1 w zakresie opisu obowiązków wykonawcy, a więc zakresu jego świadczenia nie opisał przedmiotu zamówienia przez wskazanie kodów odpadów, których odbioru wymaga. Zamawiający wskazał wprawdzie w dalszej części opisu przedmiotu zamówienia jakie kody odpadów były zbierane w ostatnich dwóch latach na terenie jego gminy i wśród tych odpadów w 2019 znajduje się kod odpadu 20 01 21, ale w ocenie Izby sam fakt, że w 2019 do PSZOK trafił odpad o tym kodzie nie świadczy jeszcze, że zamawiający na potrzeby warunku wymagał, aby również ten kod odpadu był wpisany w rejestrze BDO na datę składania ofert. W ocenie Izby skoro zamawiający w warunku, a także w opisie przedmiotu zamówienia nie sprecyzował kodów odpadów, które mają być odbierane w ramach bieżącej usługi, to również nie może wymagać od wykonawców, aby wykazali się każdy możliwym kodem odpadu, jaki mieści się pod rodzajami odpadów wskazanymi w pkt. 3.2.1. Zamawiający nie określił też jak należy traktować dane historyczne, w odniesieniu do postawionego warunku. W ocenie Izby zatem z ustalonego stanu faktycznego niniejszej sprawy nie sposób uznać za udowodnioną tezę odwołującego, że wykonawca powinien był w ramach posiadanych uprawnień wykazać się wpisem do BDO w zakresie wszystkich wskazanych rodzajów odpadów odebranych historycznie w latach 2018 i 2019. Takiego postanowienia nie można wysnuć z postawionego warunku. Co więcej nawet dowód przedłożony przez odwołującego dotyczący odrzucenia przystępującego w postępowaniu dla Gminy Wieliczka przeczy tezie odwołania, gdyż jak wynika z jego treści Gmina Wieliczka wprost w warunku uprawnień zawodowych wskazała dla każdego z trzech rodzajów wymaganych uprawnień jakich konkretnych kodów będzie wymagać w ramach wykazywanych wpisów do odpowiednich rejestrów czy wydawanych decyzji administracyjnych. Oczywiście Izba nie przeczy, że racjonalnym byłoby, aby zamawiający badał zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem minimalnego poziomu uprawnień niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie można odmówić słuszności postulatowi odwołującego, że co do zasady zamawiający powinien wymagać wpisu zezwalającego na transport konkretnych kodów odpadów. Jednakże to, że Izba dostrzegła tę słuszność nie oznacza, że na tym etapie jest możliwe uwzględnienie argumentacji odwołującego, który nie kwestionował postanowień siwz na etapie przed wpływem terminu składania ofert, a na datę wyrokowania stan faktyczny jest taki, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia kodami i nie wskazał tych kodów w warunku, a tym samym nie może obecnie wychodzić ponad treść tego warunku i badać wpis pod kątem wymienionych w rejestrze o nr 00140094 kodów odpadów. Izba zatem fakt, że przystępujący w toku postępowania uzyskał wpis także w zakresie kodu 20 01 21 uznała za nieistotny dla rozstrzygnięcia i dowód w tym zakresie przedstawiony przez zamawiającego pominęła. W ocenie Izby zamawiający w postawionym przez siebie warunku badał jedynie sam fakt posiadania wpisu do BDO i ten fakt przystępujący wykazał pismem z 15 lipca 2019r. Marszałka Województwa Małopolskiego o aktywności wpisu nr 00140094 i fakt ten potwierdził odwołujący przedstawiając

poświadczane notarialnie wydruki z bazy BDO. Izba ustaliła zatem, że przystępujący wykazał warunek posiadania uprawnień przez posiadanie wpisu do BDO.

Odnosnie warunku posiadania uprawnień w zakresie odbioru odpadów, to jak wynika z modyfikacji z dnia 9 października 2020r. zamawiający dopuszczał wykonawców posiadających wpis do rejestru działalności regulowanej na terenie jego Gminy. Zamawiający wymagał w tym zakresie przedstawienia dowodu na dokonanie tego wpisu i przystępujący taki dowód przedstawił tj. przedstawił informację Burmistrza Gminy Dobczyce o wpisie przystępującego w dniu 21 lutego 2020r. pod nr 14/2020 do rejestru działalności regulowanej. Odwołujący nie wykazał, że na datę składania ofert, czy też w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na datę wyrokowania ten wpis został uchylony lub zmieniony. Dlatego Izba ustaliła, że przystępujący wykazał spełnianie warunku posiadania uprawnień w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Izba zatem pominęła dowody przedstawione przez odwołującego tak w zakresie składanych wniosków o wszczęcie kontroli, jak i dokumentacji zdjęciowej i filmowej, a także dowodu przedstawionego przez zamawiającego w przedmiocie informacji o zamiarze wszczęcia kontroli, gdyż na datę wyrokowania te zdarzenia nie doprowadziły do wzruszenia decyzji administracyjnej o wpisie do rejestru działalności regulowanej.

W zakresie warunku doświadczenia zawodowego Izba ustaliła, co następuje w pierwotnej treści warunku zamawiający wymagał wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu :

- 1 usługi na odbiór i zagospodarowanie odpadów
- w ramach której odebrano co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych,
- z co najmniej 2000 nieruchomości
- w okresie co najmniej następujących kolejno po sobie 12 miesięcy

A dla usług wykonywanych powyżej 1000 ton i 2000 nieruchomości miały być osiągnięte w maksymalnie 12 miesięcy – ten przypadek nie dotyczy przedmiotu sporu – przystępujący wykazuje spełnienie warunku udziału doświadczeniem, którego wykonanie zostało zakończone przed upływem terminu składania ofert.

Nadto w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający nie dopuścił dzielenia doświadczenia pomiędzy wykonawców wspólnie się ubiegających i postawił wymóg, aby doświadczenie zawodowe było wykazane samodzielnie przez jednego z wykonawców. Ten przypadek nie dotyczy w ocenie Izby przedmiotu sporu – przystępujący jest wykonawcą samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie dopuścił też łączenia warunku udziału w ramach doświadczenia różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia. Również w ocenie Izby ten przypadek nie dotyczy przedmiotu sporu, gdyż przystępujący wykazuje się doświadczeniem własnym, zrealizowanym w całości przez siebie, a zatem nie zachodzi tu przypadek łączenia doświadczeń różnych podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia. Izba oceniła także, że to postanowienie siwz referuje wyłącznie do doświadczenia zawodowego różnych podmiotów, a nie do samej usługi, czy stron umowy lub zamówienia, dlatego w ocenie Izby z tego postanowienia można wywieść wyłącznie zakaz łączenia doświadczenia wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby lub łączenia doświadczenie podmiotów trzecich, natomiast z tego postanowienia nie można wywieść zakazu wykazania się doświadczeniem świadczonym przez wykonawcę na rzecz różnych instytucji zamawiających. Oczywiście pod warunkiem, że takie doświadczenie będzie można uznać za jedną usługę, czyli w ocenie Izby zamawiający dopuszczał możliwość powołania się na usługę realizowaną na podstawie umowy zawartej z zamawiającym centralnym realizowaną na rzecz kilku np. gmin zamawiających. Jednak taka sytuacja także pozostaje poza sporem, gdyż przystępujący wykazuje się doświadczeniem na rzecz jednego zamawiającego. W dalszej kolejności zatem Izba ograniczy swoje ustalenia wyłącznie, co do wymagań zamawiającego dotyczących doświadczenia w wykonaniu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Izba zauważyła, że w pierwotnym brzmieniu warunku zamawiający bezspornie wymagał ciągłości w świadczeniu usługi – „w okresie co najmniej kolejno następujących po sobie 12 miesięcy”. Słowo „kolejno” wskazuje na zakaz wykazywania się doświadczeniem przerywanym.

Następnie w dniu 9 października 2020r. zamawiający zmodyfikował w odpowiedzi na pytanie nr 2 warunek udziału wykreślając frazę „w okresie co najmniej kolejno następujących po sobie 12 miesięcy”, co w ocenie Izby pozwala na ustalenie, że w dacie 9 października 2020r. zamawiający odstąpił albo od wymogu usługi realizowanej ciągle tj. w następujących po sobie miesiącach, albo podtrzymał wymóg realizowania usługi ciągle, ale rezygnując z wymogu dotyczącego minimalnego okresu świadczenia usługi – 12 miesięcy.

W ocenie Izby w tym momencie postawiony warunek stał się niejednoznaczny i mógł być dwójako interpretowany:

1. wykonawca może wykazać się 1 usługą na odbiór i zagospodarowanie odpadów rozumianą jako usługa tożsama podmiotowo i przedmiotowo, ale bez konieczności zachowania ciągłości czasowej, bo usunięto wymóg kolejno następujących miesięcy,
2. wykonawca może wykazać się jedną usługą na odbiór i zagospodarowanie odpadów rozumianą jako usługa tożsama przedmiotowo i podmiotowo, ale także tożsama czasowo czyli świadczona w kolejno następujących po sobie miesiącach, ale dopuszczalne jest wykazanie krótszego niż 12 miesięczny termin świadczenia.

W dniu 20 października 2020r. wykonawca pytał, czy zamawiający dopuszcza łączenie warunku polegające na sumowaniu referencji w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, a dokładnie w ilości tonażu i w odpowiedzi zamawiający przytoczył warunek w jego zmodyfikowanym brzmieniu i wskazał, że nie dopuszcza sumowania referencji. Czyli na pytanie wykonawcy czy tonaż można sumować zamawiający odpowiedział, że nie. W ocenie Izby tę odpowiedź należy zatem powiązać z wymogiem warunku 1 usługi. Izba uznała, że pomiędzy stronami nie było sporne, że usługa musi wykazywać się tożsamością podmiotową i przedmiotową, natomiast było sporne, czy musi wykazywać się tożsamością czasową. Tym samym analizując treść zmodyfikowanego dnia 9 października 2020r. warunku mamy opisaną wyżej niejednoznaczność, a w odpowiedzi na pytanie zamawiający wprowadza kolejne pojęcie, które nie jest zdefiniowane, ani nie występuje w warunku tj. pojęcie referencji, co rodzi dalszą niejednoznaczność warunku, bo referencja nie zawsze musi być ściśle powiązana z konkretną umową i może poświadczać wykonanie kilku umów na rzecz tego samego zamawiającego – co wykazał odwołujący przekazując informację z dnia 18 listopada 2020r. Wójt Gminy Biskupice udostępnił informację publiczną, z której wynika, że :

- na rzecz A. Z. została wystawiona referencja z dnia 19 października 2020r. potwierdzająca wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na podstawie umów:

1. RID.272.4.2020 z 16 lipca 2019 w ramach której odebrano 334,80 Mg z ok 2700 nieruchomości,
2. RID.272.5.2019 z 22 lipca 2019r. w ramach której odebrano łącznie 331,43 Mg.

Uzupełnioną następnie informacją z dnia 4 grudnia 2020r., w której Wójt Gminy Biskupice przekazał kompletną referencję, w której poza umowami RID.272.4.2019 i RID.272.5.2019 referencja dotyczyła także umowy nr RID.272.12.2019, z której w okresie 4 listopada 2019-31 stycznia 2020r. odebrano 901,16 Mg odpadów z ok. 2 700 nieruchomości i z treści wynika, że usługa była realizowana z należytą starannością.

Tym samym przy udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi na pytanie 1 z dnia 20 października 2020r. zamawiający swoją odpowiedź nie wykluczył możliwości wykazania się jedną referencją dotyczącą kilku umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego o tożsamym przedmiocie, gdyż odczytując literalnie brzmienie odpowiedzi – zamawiający zakazał jedynie sumowania referencji w celu uzyskania odpowiedniej ilości tonażu, ale nie wypowiedział się, jak będzie oceniał sytuację wykonawcy, który uzyskał jedną referencję od tego samego zamawiającego poświadczającą należyte wykonanie usługi realizowanej na rzecz tego samego zamawiającego o tym samym przedmiocie, ale różnymi umowami i w nienastępujących po sobie kolejno okresach.

Izba zatem ustaliła, że na podstawie siwz, jej modyfikacji oraz udzielonych odpowiedzi na pytanie zamawiający postawił niejednoznaczny warunek w zakresie doświadczenia zawodowego, który nie precyzował, czy zamawiający wymaga ciągłości czasowej w ramach jednej usługi, czy też dopuszcza przerwy w świadczeniu usługi jak również zamawiający nie zakazał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usługi realizowanej kilku umowami dla której wystawiono jedną referencję, a sam odwołujący dostarczył dowodu, że przystępujący nie sumował referencji, ale realizował usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Gminy Biskupice na podstawie czterech umów z których trzy realizowane były w następujących po sobie miesiącach, a czwarta z miesięczną przerwą w stosunku do pozostałych umów i dla trzech z tych umów Gmina Biskupice wystawiła jedną referencję z dnia 19 października 2020r., z której wynika odbiór odpadów w ilościach 334,80 Mg, 331,43 Mg i 901,16 Mg, co daje łączną ilość 1567, 39 Mg, a więc spełnia wymóg co najmniej 1000 ton i dotyczy 2700 nieruchomości, co także spełnia minimalny wymóg 2000 nieruchomości zamieszkałych. Referencja poświadczająca należytą staranność wykonania i została wystawiona w dacie 19 października 2020r., a więc przed terminem składania ofert, który upływał w dniu 27 października 2020r. Izba zatem na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że postawiony przez zamawiającego warunek mógł być interpretowany w sposób dopuszczający sumowanie umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego i w tym samym przedmiocie, ale bez obowiązku zachowania ciągłości czasowej, jak również zamawiający nie zakazał przedstawiania zbiorczej referencji, w konsekwencji zgromadzony materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że przystępujący mimo nie podania zamawiającemu informacji o ilości umów realizowanych na rzecz Gminy Biskupice nie wprowadził w błąd zamawiającego, co do spełniania warunku udziału, gdyż zamawiający nie zakazał doświadczenia realizowanego kilkoma umowami, a wymagał jednej usługi i nie zakazał przedstawiania usługi, w której wystąpiła przerwa w świadczeniu. Co więcej Izba zauważa, że z przedstawionych zamawiającemu faktur zamawiający był w stanie ustalić, że wykazywane mu tonaże były uzyskane w ramach kilku umów, świadczą o tym informacje zawarte na fakturach wskazujące wprost, że są to faktury wystawiane do konkretnej umowy, której numer każdorazowo podano na fakturze. Tym samym, jeśli ilość umów stanowiłaby dla zamawiającego przeszkodę dla uznania wykazania spełniania warunku, to ta informacja wbrew stanowisku odwołującego nie była ukryta przed zamawiającym, a wynikała z dokumentów przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu.

Izba w tym miejscu odnosząc się do powołanych orzeczeń KIO 2352/19 i KIO 2018/19 wskazuje, że nie podważa stanowisk, co do konieczności ciągłości czasowej wyrażonych w tych orzeczeniach, jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie powołanego w orzeczeniu KIO 2018/19, jednakże zauważa, że w stanie faktycznym bieżącej sprawy, o ile pierwotne brzmienie warunku wprost wskazywało na konieczności zachowania ciągłości czasowej, to po modyfikacji z dnia 9 października 2020r. warunek w tym zakresie stał się niejednoznaczny i dlatego ustalenia Izby w niniejszej sprawie dotyczą wyłącznie tego specyficznego stanu faktycznego. Izba uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia dowody z protokołów negocjacji, umów oraz formularzy cenowych, gdyż te same okoliczności mogły być ustalone na podstawie faktur przedstawionych zamawiającemu oraz referencji z dnia 19 października 2020r. i na tych dowodach Izba się oparła.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia zawodowego zamawiający dopuścił przedstawienie referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego przystępujący niewątpliwie posiadał na datę składania ofert referencję z dnia 19 października 2020r., a przedstawił faktury wystawione przez siebie, na których poza jedną zamawiający Gmina Biskupice dokonał jedynie potwierdzenia wpływu faktury do niego. W ocenie Izby faktura może być innym dokumentem, ale niewątpliwie jest wystawiona przez wykonawcę, a nie podmiot na rzecz, którego wykonano usługę, a więc nie jest to dowód, który zamawiający wskazał w siwz. Rację należy przyznać odwołującemu, że samo potwierdzenie wpływu nie zmienia faktury w oświadczenie zamawiającego, do tego powinna wystąpić zapłata, albo adnotacja na fakturze o jej przyjęciu. Takich dowodów w postępowaniu nie było.

Izba ustaliła, że odwołujący wystąpił do zamawiającego w dniu 25 listopada 2020r. o udostępnienie dokumentacji postępowania – okoliczność nie sporna. Niesporne jest też, że w dniu 26 i 27 listopada 2020r. dokumentacji zamawiający nie udostępnił, jak również to, że w dniach 28-29 listopada 2020r. przypadły sobota i niedziela dni ustawowo wolne od pracy. Niesporne jest także to, że do udostępnienia dokumentacji doszło w dniu 30 listopada 2020r. w siedzibie zamawiającego, a postępowanie było prowadzone w formule elektronicznej. Sporne jest natomiast to czy tak ustalony stan faktyczny pozwala na przyjęcie, że do udostępnienia doszło bezzwłocznie. Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę, że z jednej strony zamawiający działał w sytuacji epidemicznej i w niestandardowym rozkładzie czasu pracy i zmienionej organizacji pracy – co zostało wykazane zarządzeniami Burmistrza Dobczyc, jak i odwołujący powinien mieć prawo do uzyskania dostępu do dokumentów w terminie umożliwiającym wnoszenie mu środków ochrony prawnej. Izba oceniła, że zamawiający mógł mieć ograniczoną lub utrudnioną możliwość sporządzenia paczki dokumentacji elektronicznej do przesłania odwołującemu, ilość dokumentów bowiem składających się na protokół postępowania jest znaczna, a podział na zespoły pracujące w skróconych wymiarach czasowych w siedzibie zamawiającego mógł utrudniać przygotowanie dokumentacji. Do udostępnienia dokumentacji doszło w ciągu 3 dni roboczych, co w ocenie Izby nie może być uznane za termin nadmierny. Zwłaszcza, że gro dowodów, które odwołującemu były niezbędne dla wykazania postawionych zarzutów była dowodami pochodzącymi spoza postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy opisany w III 3 i 3a odwołania, a to z tego względu, że Zamawiający nie kwestionuje tego, że u Przystępującego nie ma w BDO takiego kodu, co do zasady. Wskazuje natomiast w ogóle na brak konieczności wykazywania konkretnych kodów przy wpisie do BDO. W związku z tym istota sporu sprowadza się do tego czy z postanowień siwz w zakresie warunku uprawnienia można i należy wywieść konieczność wykazania się wpisem odnośnie każdego kodu wskazanego w OPZ, czy też jak twierdzi Zamawiający wystarczającej jest wykazanie się faktem posiadania wpisu. W ocenie Izba ta przedstawiona istota sprawy nie wymaga szczegółowej analizy wniosku oraz decyzji wydanych w odniesieniu do Przystępującego przez organ uprawnienia do dokonywania wpisu w BDO. Ponadto Odwołujący złożył wniosek dowodowy z dokumentów na okoliczność wykazania tezy, że kod 20.01.21 nie mieści się w zakresie wpisu posiadanego przez Przystępującego, a zaś Zamawiający również przedstawił swoje dowody

zawarte w odpowiedzi na odwołanie dotyczącej tej kwestii. Tym samym obie strony przedstawiły już dowody zmierzające do wykazania przedstawionych przez nie tez i w ocenie Izby prowadzenie dalszych dowodów na te same okoliczności mogłoby prowadzić do zwłoki w postępowaniu.

Izba postanowiła także nie dopuścić dowodów z dokumentów dotyczących rodzajów pełnienia funkcji z panią J. K. – Z. w gminie Biskupice, gdyż przedmiotem odwołania nie jest zamówienie publiczne realizowane przez Przystępującego we wcześniejszych okresach na rzecz gminy Biskupice i sposób jego uzyskania w związku z powyższym, dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek niedopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy wskazując, iż dowody stanowiące załączniki do odwołania są dokumentami, które mogą być powoływane przez stronę aż do zamknięcia rozprawy, zatem ich ewentualne braki na etapie wnoszenia odwołania nie świadczą o niekompletności tego dokumentu. W ocenie Izby równie dobrze z uwagi na brak prekluzji dowodowej wykonawca mógłby nie wskazać środków dowodowych w odwołaniu, a powoływać je dopiero na etapie rozprawy i w ocenie Izby nie istnieje podstawa prawna do odrzucenia tak sporządzonego odwołania. Tym samym Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawna dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez uznanie, że wykonawca A. Z. spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się należyтым wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy

podczas gdy wykonawca A. Z. nie spełnia powyższego warunku, w szczególności bowiem nie wykonał on w rzeczonym okresie jednej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu co najmniej 1000 ton odpadów komunalnych od co najmniej 2000 nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w konsekwencji oferta wykonawcy została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że zamawiający w sposób niejednoznaczny (po modyfikacji z dnia 9 października 2020r.) sformułował warunek doświadczenia zawodowego, który można odczytywać w ten sposób, że zamawiający dopuścił wykazanie jednej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów świadczonej w miesiącach nie następujących kolejno po sobie, a więc dopuścił przerwy w ciągłości świadczenia. Jak również odpowiedzią na pytanie 1 z dnia 20 października 2020r. zamawiający zakazał jedynie sumowania referencji, nie wypowiadając się w zakresie możliwego stanu faktycznego ujęcia w jednej referencji informacji o stanie i jakości wykonania kilku umów. W konsekwencji nie można było uznać, że wykazanie się doświadczeniem w ramach usługi odbioru i zagospodarowania odpadów świadczonej na takich samych warunkach dla tego samego zamawiającego nawet z czasową przerwą w świadczeniu nie mieści się w treści warunku sformułowanego przez zamawiającego dnia 9 października 2020r. Nadto, że takie doświadczenie można wykazać, o ile jest ujęte w jednej referencji, a nie zsumowane. Taka sytuacja faktyczna miała miejsce w odniesieniu do doświadczenia przystępującego wykazał on doświadczenie na rzecz gminy Biskupice polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów w ramach kilku umów o wartościach tonażowych przekraczających wymagania zamawiającego i realizowanych z wymaganej ilości nieruchomości, na co zamawiający Gmina Biskupice wystawił jedną referencję z 19 października 2020r. Nadto informacja o kilku umowach wynikała wprost z faktur przedstawionych zamawiającemu przez przystępującego, co powoduje, że nie można uznać, że przystępujący zataił fakt iż swoje doświadczenie wywodzi z kilku umów. Tym samym w istocie spór pomiędzy stronami sprowadzał do rozumienia warunku udziału w postępowaniu, a nie do tego czy przystępujący podał zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. W ocenie Izby do podania takich informacji nie doszło. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy i oddaliła zarzut.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w z. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. b) i e) SIWZ przez uznanie, iż wykonawca A. Z. spełnia warunek udziału w postępowaniu (zdublowany w dwóch literach SIWZ - o czym dalej szerzej) - w zakresie posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach (a więc rejestru Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce nieruchomościami [BDO], o której mowa w ustawie o odpadach) w zakresie transportu odpadów

podczas gdy wykonawca A. Z. nie spełnia powyższego warunku, w szczególności bowiem nie posiada on w przedmiotowym rejestrze wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych w postaci lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć (kod 20 01 21*), które to odpady jako odpady niebezpieczne mają być odbierane w ramach zamówienia (vide rozdział V pkt 3.20 pkt 2 ppkt 6 w zw. z pkt 3.20 pkt 7 lit. b tiret szósty SIWZ). W konsekwencji więc oferta wykonawcy została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia rzeczowego warunku udziału w postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń Izby w warunku udziału w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie transportu odpadów zamawiający nie wymagał wykazania się wpisem do BDO dla wskazanych w warunku konkretnych kodów odpadów. Również tych konkretnych kodów odpadów nie podał w opisie przedmiotu zamówienia, a pojawiają się one jedynie jako dane historyczne, co do których zamawiający nie zawarł postanowień, że dane te powinny być brane pod uwagę przy wykazywaniu się wymaganymi uprawnieniami. Zamawiający wymagał posiadania wpisu do BDO, przystępujący tym wpisem się wykazał. W ocenie Izby nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. a) SIWZ sprowadzające się do tego, że nie nastąpiło - w sytuacji podniesienia przez uczestnika postępowania w jego toku uzasadnionych i udokumentowanych zastrzeżeń - sprawdzenie przez zamawiającego, czy Pan A. Z. w sposób zasadny posiada wpis do rejestru działalności regulowanej (zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w

gminach), podczas gdy rejestr ten jest prowadzony przez organ zamawiającego - tj. Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce, a wpis do tego Rejestru stanowi warunek udziału w postępowaniu podczas gdy zasada równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wymaga, aby zamawiający - którego kierownik (osoba odpowiedzialna za prowadzenie postępowania), tj. Burmistrz (który prowadzi również rejestr, do którego wpis stanowi warunek udziału w postępowaniu) - w sytuacji otrzymania odpowiednio udokumentowanych zastrzeżeń, dokonał sprawdzenia zasadności dokonania wpisu do rejestru przed wyborem takiej oferty;

Zarzut nie potwierdził się. Istota zarzutu sprowadza się do tego, że przystępujący wprowadził w błąd organ administracyjny dokonujący wpisu do rejestru działalności regulowanej, co do tego, że posiadane przez niego bazy magazynowo-transportowe spełniają wymogi §2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122). Dysponowanie spełniającą wymogi ww. rozporządzenia bazą magazynowo-transportową jest zgodnie z art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2017 r. poz. 1289) jednym z warunków koniecznych dla pozytywnego rozpoznania wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Izba jest właściwa do rozpoznania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności do której był zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym Izba jest władna rozpoznawać tylko takie odwołania, które dotyczą zamawiającego obowiązującego do stosowania ustawy, a nie działającego w innym charakterze, w tym przypadku jako organ administracji samorządowej upoważniony z mocy ustawy UCPG do wydawania decyzji administracyjnych o wpisie do rejestru działalności regulowanej. Izba nie ma prawa podważać, ani badać prawidłowości i legalności dokonanego wpisu, gdyż jest to czynność nie podejmowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby Izba przystąpiła do rozpoznawania zasadności zarzutów odwołującego i prowadziła ustalenia, co do prawdziwości oświadczeń przystępującego składanych przed organem administracyjnym, to przekroczyłaby w rażący sposób zakres swojej kognicji i naruszyła zasadę zaufania obywatela do organów władzy publicznej. Gdyby kompetencje organów wzajemnie się przenikały i pozwalały na zmianę lub uchylanie decyzji administracyjnych poza tokiem instancji, to prowadziłoby to do powstania niepewności prawa i chaosu w sferze w tym przypadku działalności gospodarczej regulowanej. Doktryna prawa administracyjnego wypracowała zasadę domniemania prawidłowości decyzji administracyjnej. Zasada ta została przyjęta w orzecznictwie tak Naczelnego Sądu Administracyjnego jak i Sądu Najwyższego przykładowo można powołać następujące wyroki :

- wyrok z 20 lipca 1981r. SA 1478/81 (OSA 1981 nr 2 poz. 72), gdzie NSA stwierdził, że każda decyzja ostateczna korzysta z domniemania prawidłowości, a zatem organ, który wydał wadliwą decyzję uprawniającą, jest tą decyzją związany do czasu jej zmiany w sposób przewidziany prawem” – podobnie NSA w wyroku z dnia 14 sierpnia 1987r. IV SA 393/87, zaś

- w wyroku z dnia 17 grudnia 1993r. SN w sprawie sygn.. akt III ARN 50/93 (niepubl.) wskazał, że zgodnie z art. 16 § 1 kpa decyzje od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji są ostateczne, a ich uchylenie lub zmiana, stwierdzenie nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w Kodeksie. Z tego przepisu oraz reguł dotyczących postępowań o uchyleniu bądź stwierdzeniu nieważności decyzji ostatecznych wynika, że korzystają one z domniemania ich prawidłowości i zgodności z prawem.

Jedynym wymogiem związanym z bazą magazynowo-transportową jest wymóg posiadania niezbędnych uprawnień, a więc wpisu do rejestru działalności regulowanej. Przystępujący przedstawił dowód uzyskania tego wpisu, a odwołujący nie wykazał, że wpis ten został uchylony, zmieniony lub przystępujący został wykreślony z tego rejestru, ani nawet, że wszczęto postępowanie administracyjne zmierzające do zmiany tego wpisu. Tym samym fakt, że w ocenie odwołującego bazy posiadane przez przystępującego nie uprawniały do wpisu do rejestru działalności gospodarczej, nie pozwala Izbie podważać legalności dokonanego wpisu, gdyż nie mieści się to granicach kognicji Izby. Fakt, że zamawiający jest jednocześnie organem dokonującym wpisu do rejestru działalności regulowanej nie zmienia tej oceny, gdyż Izba nie kontroluje działalności zamawiającego w innych sferach publicznych niż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż okoliczność podnoszona przez odwołującego nie dotyczy wymagań postawionych przez zamawiającego w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia, ale czynności zamawiającego jako organu administracyjnego wydającego decyzję o wpisie do rejestru działalności regulowanej.

Z tego też względu Izba oddaliła żądanie nakazania zamawiającemu podjęcia działań urzeczywistniających zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji sprowadzające się do przeprowadzenia przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej kontroli przez wyznaczonych pracowników Urzędu Gminy i Miasta Dobczyce (posiadających upoważnienie Burmistrza Gminy i Miasta Dobczyce do przeprowadzenia kontroli) w przedsiębiorstwie A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. nr rej. BDO: 000140094 w zakresie spełniania przez podmiot wpisany do rejestru działalności regulowanej wymagań, jakie winien spełniać przedsiębiorca wykonujący działalność polegającą na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) oraz w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) - a to na podstawie art. 9u w związku z art. 9d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) w związku z art. 43 ust. 7 i art. 48 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 z późn. zm.). Izba nie może bowiem sama nie będąc organem nadzorczym zwierzchnim wobec organu administracji uprawnionego do przeprowadzenia kontroli dokonywać czynności władczych przymuszających ten organ do określonego zachowania. Izba wykonuje czynność kontrolną jednakże wyłącznie w ramach oceny instancyjnej działalności kontrolnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydając opinie wobec zastrzeżeń zamawiających do wyniku kontroli Prezesa UZP. Z tych względów Izba uznała żądanie za niezasadne.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy w z w. z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 1) i pkt 3 ppkt 1) SIWZ przez umożliwienie odwołującemu sposobności zapoznania się z dokumentacją postępowania (w tym protokołem z niego wraz z załącznikami) dopiero w dniu 30 listopada 2020 r., pomimo tego, iż odwołujący złożył wniosek już w dniu 25 listopada (tj. w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej), jak i przez brak przekazania tych dokumentów w formie elektronicznej podczas gdy nie było żadnych przeszkód, aby przekazać te dokumenty (które stanowią wszak podstawę do oceny działań podjętych w postępowaniu

przez zamawiającego, jak i stanowią podstawę do wniesienia odwołania) już w dniu przekazania prośby przez odwołującego (25 listopad, ewentualnie w dniu 26 listopada) i to w formie elektronicznej, to jest w formie w jakiej prowadzone było postępowanie, co jednoznacznie świadczy o tym, że postępowanie było prowadzone w sposób, który narusza zasady równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, w sposób mający ograniczyć możliwość wniesienia przez odwołującego odwołania w niniejszej sprawie, wpływając również na możliwość dostrzeżenia przez odwołującego wszystkich nieprawidłowości w zakresie oferty wykonawcy.

Zarzut w ocenie Izby nie potwierdził się. Izba uznała, że udostępnienie dokumentacji postępowania, nawet prowadzonego w formie elektronicznej, nie oznacza że nie jest potrzebny czas, choćby na sporządzenie kopii elektronicznej tej dokumentacji, jej uporządkowanie, gdyż dokumentacja od różnych wykonawców wpływa w różnych momentach postępowania i jej pogrupowanie i uporządkowanie dla czytelności informacji często jest potrzebne, co Izba ma możliwość obserwować w dokumentacji elektronicznej nadsyłanej Izbie w ramach postępowań odwoławczych. Udostępnienie dokumentacji odwołującemu nastąpiło w terminie 3 dni roboczych, co w ocenie Izby nie można uznać za zwłokę. Izba stwierdza, że przepis art. 96 ust. 3 ustawy nie zakreśla terminu w jakim zamawiający obowiązany jest udostępnić dokumentację, dopiero z aktu wykonawczego wynika, że to udostępnienie ma nastąpić niezwłocznie. Niezwłocznie oznacza bez zbędnej zwłoki, a więc w ocenie Izby w sytuacji, gdy zamawiający wykazał zmiany w organizacji pracy i w rozkładzie czasu pracy, w ocenie Izby dostatecznie wykazał, że udostępnienie nastąpiło w normalnym terminie jaki wynikał z możliwości zamawiającego. W konsekwencji zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba wzięła także pod uwagę, że udostępnienie nastąpiło w połowie terminu na wniesienie odwołania i to w tej połowie, w której także prace nad odwołaniem po stronie odwołującego doznawały zwolnienia z uwagi na przypadające w tym okresie dni wolne od pracy, które w drugiej połowie terminu na wniesienie odwołania już nie występowały. Ustawa nie uzależnia biegu terminu na wniesienie odwołania i nie przewiduje możliwości jego przedłożenia w zależności od tego, czy zamawiający w ogóle udostępnił dokumentację, ani od tego kiedy ją udostępnił. Mając to wszystko na uwadze Izba oddaliła zarzut jako niezasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu (oświadczenie JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał i zagospodarował odpady w ilości ponad 1.000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miała być świadczona od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r., co było podstawą uznania przez zamawiającego, że wykonawca spełnia warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej Wykonawca A. Z. mimo bowiem pełnej świadomości faktu, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (nie wykonał on wszak jednej usługi wymaganej w Specyfikacji, tj. w zakresie odbioru i zagospodarowania co najmniej 1.000 ton odpadów, ale kilka rozdzielonych w czasie usług, w ramach których żadna z nich nie pozwala na spełnienie wymogu ilościowego 1.000 ton odpadów, jak i mimo uzyskania odpowiedzi od zamawiającego na zadane przez siebie pytanie z której wynikało, że nie można sumować ilości odpadów), zdecydował się na złożenie oświadczenia, już na etapie składania dokumentu JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (a więc i też wskazany w rozdziale V pkt 5.2.2 SIWZ), a następnie będąc wzywany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy po raz drugi zdecydował się na oświadczenie nieprawdy - przez przedłożenie załącznika nr 8, w którym wykonawca oświadczył, że odebrał i zagospodarował ponad 1.000 odpadów w ramach realizacji jednej usługi, jednocześnie podając nieprawdę jakoby taka usługa miała być świadczona od dnia 1 września 2019 r. do dnia 31 stycznia 2020 r. Na podstawie tych oświadczeń zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunki i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu przez podanie informacji, że po pierwsze spełnia on warunki udziału w postępowaniu (JEDZ), a następnie gdy oświadczył, że odebrał on i zagospodarował odpady w ilości ponad 1.000 ton w ramach jednej usługi, która to usługa miała być świadczona od 1 września 2019 r. do 31 stycznia 2020 r.

Izba rozpoznała zarzuty łącznie i oba oddaliła, wskazując, że przekonanie odwołującego o złożeniu informacji wprowadzającej w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, było wynikiem jednego z możliwych sposobów odczytania warunku doświadczenia zawodowego, czyli przyjęcia, iż mimo wykreślenia całego sformułowania „w okresie co najmniej kolejno następujących po sobie 12 miesięcy” w rzeczywistości zamawiający wylączył jedynie wymóg wykazania się świadczeniem usługi przez 12 miesięcy, a nie zrezygnował z ciągłego wykonania usługi. Jak już Izba wywodziła powyżej jest to jeden z możliwych sposobów odczytywania niejednoznacznego po dniu 9 października 2020r., jednakże jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Izby w sytuacji niejednoznaczności postanowień siwz, nie można ich interpretować na niekorzyść wykonawcy, który z tej niejednoznaczności skorzystał. Tak też ma się sytuacja w niniejszym postępowaniu, kiedy to z chwały ustalenia, że warunek był niejednoznaczny odpadła możliwość przypisania przystępującemu zarzutu podania informacji wprowadzającej w błąd. Nadto jak już zwracała uwagę Izba w ocenie Izby przystępujący nie ukrył faktu, że swoje doświadczenie wywodzi z kilku umów, bo wynikało to wprost z wystawionych przez niego faktur, gdzie na każdej w tytule świadczenia podawano do której umowy się odnosi i te numery umów były różne, a nadto były podane daty ich zawarcia. Tym samym w ocenie Izby zamawiający wiedział z tych dowodów, że wykazywana mu usługa jest usługą realizować w ramach kilku umów, co oznacza, że nie mógł zostać wprowadzony w błąd. Dla brak możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy wystarczy wykazać, że jedna z przesłanek dopuszczalności zastosowania tych przepisów nie zaistniała, aby zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy. Tą wspólną przesłanką jest istnienie informacji wprowadzającej w błąd nie zależnie od tego, że w art. 24 ust. 1 pkt 16 mowa jest o wprowadzeniu zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, a w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy o przedstawianiu informacji wprowadzającej w błąd. Różnice te mają charakter stylistyczny, a nie merytoryczny. Skoro jak wynika z ustaleń Izby nie doszło do przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd, to oba te przepisy nie mogły być przez zamawiającego zastosowane w odniesieniu do przystępującego, w konsekwencji należało uznać, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania zastosowania tych przepisów ustawy.

Zarzut ewentualny art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit b) i lit. e) SIWZ przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu wykonawca oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym także i

wskazane w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. b) i e) SIWZ (co jak już zostało wzmiankowane wyżej stanowi jeden i ten sam, zdublowany, warunek), podczas gdy, jak wynika z dowodów, jakie Odwołujący dołącza do odwołania, wykonawca nie posiada wpisu w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21* (odpadów, jakie mają być odbierane przez wykonawców w ramach przedmiotowego zadania). W konsekwencji doszło do tego, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd (informacje nieprawdziwe), że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, w tym, że posiada wpis do ww. rejestru w wymaganym zakresie. Po drugie na podstawie oświadczenia nastąpił wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej - a po trzecie - wykonawca działał w tym zakresie przynajmniej niedbale (jeżeli nie lekkomyślnie) - gdyby działał z należytą starannością oświadczenia takiego by nie złożył.

Zarzut nie potwierdził się. Jak ustaliła Izba zamawiający nie odesłał w warunku do danych historycznych tj. kodów odpadów odebranych w latach 2018 i 2019, a sam przedmiot bieżącego zamówienia opisał bez wskazania kodów odpadów jakie zamierza odbierać w tym zamówieniu. Nadto sam odwołujący przedstawił dowód, że Gmina Wieliczka zdecydowała się na odrzucenie przystępującego w sytuacji, gdy sama wprost do warunku wpisała kody, dla których wymagała posiadania uprawnień. Zatem wobec braku wymogu w siwz wykazania się wpisem w BDO w zakresie transportu odpadów o kodzie 20 01 21 nie można uznać, że przedstawienie dowodu na istnienie wpisu do BDO nie obejmującego wpisu zezwalającego na odbiór tego kodu odpadu jest informacją wprowadzającą w błąd. Informacja ta nie była wymagana przez zamawiającego, zatem jej nie podanie nie może być uznane za wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z rozdziałem V 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 21*

podczas gdy w sytuacji, gdy wykonawca nie posiada wpisu do rejestru na dzień składania ofert - nie sposób uznać, aby był on w stanie wykonać spełnienie rzeczonych warunków, także w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Prowadzi to do wniosku o zasadności wykluczenia wykonawcy już na tym etapie, bez potrzeby stosowania art. 26 ust. 3 ustawy, a więc wzywania go do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów;

Zarzut nie potwierdził się. Izba w tym zakresie podtrzymuje w całości argumentację podaną w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu drugiego i poprzedzającego. W ocenie Izby warunek musi być wykładany ściśle z jego literalnym brzmieniem, a możliwość sięgania przy sposobie odczytywania warunku do innych postanowień siwz musi być czyniona z dużą ostrożnością, aby nie naruszyć zasady proporcjonalności warunku i wymogu ustalenia warunku na minimalnym poziomie pozwalającym zagwarantować wykonanie zamówienia należytej jakości. Jak już Izba wskazywała w ustaleniach stanu faktycznego, odwołujący oczekiwałby, aby warunek badał zdolność wykonawcy na poziomie każdego odebranego w przeszłości kodu odpadu, jednak problemem pozostaje, że wówczas konieczne byłoby ustalenie, jaki jest minimalny poziom zdolności wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji, gdy odpad w 2018 nie wystąpił w ogóle, a w 2019 wystąpił w niewielkiej ilości. Jednakże są to ewentualne rozważania, które można byłoby prowadzić na etapie przed upływem terminu składania ofert. Obecnie odczytywanie warunku przez uzupełnienie go o treści w nim niezawarte mogłoby naruszać zasadę przejrzystości postępowania. Mając to na uwadze Izba oddaliła zarzut jako niezasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w z w. z rozdziałem V pkt 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodu posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach potwierdzającego, że wykonawca w dniu składania ofert spełniał warunek, o którym mowa w rozdziale V pkt 5.2.1 lit. b) i lit. e) SIWZ, a więc że na dzień składania ofert posiadał wpis do ww. rejestru w zakresie transportu odpadów jakie mają być wywożone w ramach postępowania, a więc też i odpadu niebezpiecznego o kodzie 20 01 21*

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień zawodowych, tym samym brak było podstaw do uznania, że istnieje potrzeba dokonywania poprawny, uzupełnienia, złożenia czy wyjaśnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 26 ust. 3 ustawy w zw. z rozdziałem V pkt 5.2.2 SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby, że spełnił on ww. warunek udziału w postępowaniu.

Zarzut częściowo jest zasadny. Izba ustaliła, że dla przystępującego przed upływem terminu składania ofert zamawiający gmina Biskupice wystawiła referencję dotyczącą doświadczenia, na które przystępujący się powołuje. Natomiast przystępujący przedstawił inne dokumenty nie wystawione przez podmiot na rzecz którego wykonywana była usługa, a nie wykazał przyczyn o obiektywnym charakterze dla których nie mógł przedstawić referencji. Tym samym rację należy przyznać odwołującemu, że zamawiający powinien był ocenić faktury jako oświadczenia własne wykonawcy i wezwać do wyjaśnienia przyczyn niemożności przedstawienia referencji czy innych dokumentów pochodzących z Gminy Biskupice, czego zamawiający nie uczynił. Izba oczywiście dopuszcza możliwość wykazywania należytego wykonania usługi także fakturą, ale jej znaczenie musi być zanalizowane w świetle wymagań zamawiającego i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), czyli może być złożona faktura, nawet jeszcze nieopłacona przez zamawiającego – wówczas trzeba ocenić ją jako oświadczenie własne wykonawcy i powinno być powiązane z wyjaśnieniem przyczyn braku możliwości przedstawienia dokumentu poświadczającego należyte wykonanie pochodzącego od zamawiającego dla którego wykonano usługę, może być faktura na której zamawiający poczynił adnotację „akceptuję”, „zapłacono”, czy „przyjęto do zapłaty” lub inne. Wówczas te właśnie adnotacje wyrażają stan świadomości zamawiającego co do należytego wykonania zamówienia, skoro wyraża wolę zapłaty, znaczy, że uznaje, że wykonano usługę na poziomie dostateczny uprawniającym do wynagrodzenia. W ocenie Izby taka faktura będzie zawierała oświadczenie aprobujące jakość świadczeń podmiotu na rzecz, którego wykonano usługę i nie wymaga wyjaśnienia przyczyn jej przedstawienia i wówczas może być traktowana jako inny dokument równoważny referencji. Jednak tutaj sytuacja była taka, że Gmina Biskupice wystawiła referencję z dnia 19 października 2020r., a przystępujący złożył zamawiającemu oświadczenie własne nie wyjaśniając jego przyczyn. W ocenie Izby taka sytuacja powinna skłonić zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy i do wezwania do wyjaśnienia powodów przedstawienia faktury i ewentualnego uzupełniania o dokument pochodzący od podmiotu na rzecz, którego realizowano usługę, gdyby wyjaśnienia nie wskazywały na obiektywne przyczyny niemożności przedstawienia referencji. Jednak Izba z mocy art. 191 ust. 2 ustawy bierze pod uwagę stan istniejący na datę wyrokowania. W tej dacie zamawiający posiada już dokument referencji z dnia 19 października 2020r. potwierdzający należytego wykonanie usługi. W tym stanie rzeczy stwierdzone naruszenie nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co z mocy art. 192 ust. 2 ustawy skutkuje oddaleniem zarzutu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, 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) obciążając odwołującego kosztami wpisu w kwocie 15 000zł., który w całości zaliczono na poczet kosztów postępowania odwoławczego, jak również nakazując odwołującemu zwrot kwoty 2 460zł. poniesionej z tytułu zastępstwa prawnego.

Przewodniczący:.....