

WYROK
z dnia 6 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Zabłotce 51, 38-500 Sanok** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lesko, ul. Parkowa 1, 38-600 Lesko**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 4, tj. przyznania punktacji wykonawcy LPK Sp. z o.o. w Lesku za dysponowanie pojazdami spełniającymi normy emisji EURO 5, zaniechania dokonania przez zamawiającego wezwania LPK Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentacji wykazującej dysponowanie przez LPK Sp. z o.o. pojazdami specjalnymi oraz zaniechania odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o.,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 5, tj. zaniechania odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. podczas, gdy LPK Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących obowiązku dysponowania bazą magazynowo-transportową wyposażoną w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów zgodnie z właściwymi przepisami i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.),
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Zabłotce 51, 38-500 Sanok** w 5/6 oraz **Gminę Lesko, ul. Parkowa 1, 38-600 Lesko** w 1/6 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Zabłotce 51, 38-500 Sanok** tytułem wpisu od odwołania, a nadto kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł 00 gr) i pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł 00 gr) oraz kwotę **538 zł 25 gr** (słownie: pięćset trzydzieści osiem złotych dwadzieścia pięć groszy) tytułem dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Zabłotce 51, 38-500 Sanok** na rzecz **Gminy Lesko, ul. Parkowa 1, 38-600 Lesko** kwotę **3 449 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 000 zł 00 gr) oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie (449 zł 00 gr),
 - 4.3. zasądza od **Gminy Lesko, ul. Parkowa 1, 38-600 Lesko** na rzecz wykonawcy **Transprzet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Zabłotce 51, 38-500 Sanok** kwotę **1 850 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania (1 250 zł 00 gr) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (600 zł 00 gr)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Lesko, ul. Parkowa 1, 38-600 Lesko (dalej „zamawiający”) w trybie podstawowym na „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko*” wykonawca Transprzet Sp. z o.o. Sp. k., Zabłotce 51, 38-500 Sanok (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania unieważnienia postępowania z powodu nieusuwalnej wady,
2. wyboru oferty wykonawcy Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Lesku (dalej „LPK”),
3. zaniechania wykluczenia LPK,
4. zaniechania odrzuceniu oferty wykonawcy LPK.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.):

1. art. 255 pkt. 6) w zw. z art. 222 ust. 4, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą, polegającą na zaniechaniu podania przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert,
2. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 56 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1, poprzez powierzenie wykonywania czynności w postępowaniu Łukaszowi Woźniczak, będącemu jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w spółce LPK Sp. z o.o. i zaniechanie jego obligatoryjnego wyłączenia w sytuacji wystąpienia konfliktu interesów,
3. art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na okoliczność, że posiadane przez LPK Sp. z o.o. w Lesku zasoby zaangażowane są w realizację umów na odbiór i transport odpadów z gmin Baligród, Cisna, Miastko Gmina Lesko, w związku z tym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.4.b SWZ,
4. art. 239, poprzez niewłaściwą ocenę ofert w szczególności przyznawanie punktacji wykonawcy LPK Sp. z o.o. w Lesku za dysponowanie pojazdami spełniającymi normy emisji EURO 5, w sytuacji, w której wykonawca nie dysponuje tego typu pojazdami, tj. naruszenie art. 106, 107 oraz 128 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania przez zamawiającego wezwania LPK Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentacji wykazującej dysponowanie przez

- LPK Sp. z o.o. pojazdami specjalnymi. (w tym o określonym wyposażeniu), a w rezultacie naruszenie art. 239i art. 116 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty LPK Sp. z o.o., polegającą na przyznaniu LPK Sp. z o.o. punktacji za dysponowanie dwoma pojazdami specjalnymi spełniającymi normy emisji EURO 5 podczas, gdy LPK Sp. z o.o. nie dysponuje tego typu pojazdami spełniającymi normy emisji EURO 5, jak również art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o.,
- 5.art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. podczas, gdy LPK Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących obowiązku dysponowania bazą magazynowo-transportową wyposażoną w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów zgodnie z właściwymi przepisami,
- 6.art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na okoliczność, że LPK Sp. z o.o. nie posiada adekwatnego wpisu do rejestru działalności regulowanej, w związku z tym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.4.a SWZ w zw. z tabelą zawierającą rodzaje odpadów stanowiących przedmiot zamówienia po zmianach dokonanych przez zamawiającego (OPZ),
- 7.art. 128, poprzez zaniechanie wezwania LPK Sp. z o.o. do przedłożenia referencji oraz wyjaśnień odnośnie posiadanego doświadczenia (wykonania co najmniej jednej usługi trwającej minimum 8 miesięcy polegającej na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych zbieranych z nieruchomości w ilości nie mniejszej niż 300 Mg w ciągu 8 miesięcy), a w konsekwencji naruszenie art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. podczas, gdy LPK Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanego doświadczenia,
- 8.art. 223 ust. 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) oraz pkt 5), poprzez poprawienie oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o., tj. zamawiający uznał, iż wystąpiła w ofercie tego wykonawcy inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy omyłka wykonawcy LPK Sp. z o.o. miała znaczenie dla treści oferty wprowadzającą zamawiającego w błąd, a tym samym zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy lub co najmniej wezwać wykonawcę LPK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do treści oferty,
- 9.art 79 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 1, § 3 pkt 5, § 3 pkt 22, § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2020 poz. 2434) (dalej jako „rozporządzenie”), poprzez nieprawidłowy sposób udokumentowania przez zamawiającego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności poprzez brak złożenia podpisu osoby sporządzającej protokół, brak dołączenia pisemnych oświadczeń osób wykonujących czynności w postępowaniu, brak wskazania dat/godzin wpłynięcia oraz otwarcia ofert złożonych przez wykonawców, brak zawarcia zarządzenia powołującego komisję przetargową (Zarządzenie nr 39/1/111/2021).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania lub ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty i nakazanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na jego nieusuwalną wadę, wskazał, że stosownie do art. 222 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Podał, że zamawiający zaniechał tej czynności.

Dowód: wydruk czynności zamawiającego ze strony -o-zamowieniu-na-realizacje-zadania-pn-odbior-transort-i-zagospodarowanie-odpadow-komunalnych-na-terenie-gminy-lesko#cnt.

Podniósł, że ww. przepis ma gwarantować zachowanie przejrzystości, jawności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2654/11, stwierdził, że podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, posiada charakter gwarancyjny – ma chronić wykonawców przed arbitralnym i niezasadnym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Podkreślił, że zaniechanie zamawiającego nie podlega jakiegokolwiek sanacji, gdyż podanie kwoty, jaką zamawiający przeznacza na realizację zamówienia powinno nastąpić najpóźniej przed otwarciem ofert – ponieważ otwarcie ofert nastąpiło, nie da się cofnąć biegu zdarzeń i przywrócić zamawiającemu możliwości „uzupełnienia czynności” i podania kwoty.

Uzupełnił, że w warunkach bardzo silnej konkurencji między odwołującym a LPK Sp. z o.o., która jest spółką w 100% należącą do zamawiającego, transparentność postępowania jest kluczowa, ponieważ mogło się zdarzyć, gdyby odwołujący podał kwotę o 1000 zł niższą, że jego oferta byłaby uznana cenowo za najniższą i prowadziłoby to do uzyskania przez niego zamówienia i nie jest wykluczone, że zamawiający mógłby preferować spółkę gminną w taki sposób, że wówczas określiliby (po terminie składania ofert) kwotę przeznaczoną do realizacji zamówienia na niższą od oferty odwołującego.

Wskazał, że zgodnie art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b-1bc, jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, zawarcia umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub rozstrzygnięcia konkursu.

Zdaniem odwołującego wobec charakteru naruszenia przepisów przez zamawiającego, jedynym możliwym wynikiem wadliwego postępowania jest jego unieważnienie, dokonanie wyboru oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o. w Lesku zgodnie z procedurą nie jest możliwe skoro zgodnie z art. 17 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Oceniał, że nie można uznać za wystarczające zawarcie przedmiotowej informacji w protokole postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wyłączenia Ł. W. podał, że art. 56 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza regulację dotyczącą wyłączenia z organizacji postępowania o udzielenie zamówienia osób, których udział może naruszać zasady uczciwej konkurencji; w sytuacji wystąpienia po stronie osoby zaangażowanej w postępowanie konfliktu interesów, podlega ona automatycznemu wyłączeniu.

Podniósł, że istotą tego przepisu jest gwarancja bezstronności osób wykonujących czynności w ramach danego zamówienia, przepis ma charakter obligatoryjny i każdorazowo w przypadku wystąpienia konfliktu interesów następuje

wylączenie określonej osoby.

Podkreślił, że wylączeniu będą podlegali również osoby wymienione w art. 56 ust. 1 ustawy, nie tylko te, które pozostawały z wykonawcą w stosunku pracy lub zlecenia lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ale także te, które otrzymywały od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu.

W ocenie odwołującego oznacza to, że Ł. W., będący jednocześnie członkiem rady nadzorczej LPK Sp. z o.o. podlegał wylączeniu z dokonywania czynności w postępowaniu z uwagi na występowanie po jego stronie konfliktu interesów.

Dowód: wydruk KRS LPK Sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełniania warunków udziału w postępowaniu podał, że zgodnie z SWZ (pkt. 6.1.4.b.) wykonawca powinien dysponować, na cele realizacji zamówienia następującymi zasobami:

- 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą,
- 1 pojazdem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą,
- 1 pojazdem do odbierania odpadów komunalnych bez funkcji kompaktującej,
- 2 pojazdami o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 t do odbierania odpadów z nieruchomości o trudnym dojeździe.

Ww. pojazdy muszą być:

- wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, umożliwiający weryfikację tych danych,
- pojazdami trwale i czytelnie oznakowanymi w widocznym miejscu nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości

Wskazał, że zgodnie z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Podkreślił, że dysponowanie sprzętem powinno mieć charakter realny, a ocena zdolności technicznej musi być oceniana w kontekście składania ofert. Odwołujący uznał, że stan przyszły zasobów technicznych wykonawcy nie ma znaczenia.

Stwierdził, że pojazdy wskazane przez LPK Sp. z o.o. w Lesku zaangażowane są w wykonywanie kontraktów na rzecz Gmin Cisna, Baligród oraz na rzecz zamawiającego w odniesieniu do innego kontraktu, a nadto, że harmonogram odbioru odpadów, określony SWZ (załącznik nr 1 OPZ) koliduje aż w czterech dniach z harmonogramami odbioru odpadów obowiązującymi w ramach kontaktów w Cisnej, Białogrodzie i Lesku wobec czego oczywistym jest, że realnie wykonawca LPK Sp. z o.o. w Lesku nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku samochodów EURO 5 odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 17.1 SWZ zamawiający dokonuje oceny ofert in. w oparciu o kryterium dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin minimum EURO 5 oraz zgodnie z pkt 17.6 SWZ (w ramach kryteriów oceny ofert), za dysponowanie dwoma takimi pojazdami zamawiający przyzna 10 punktów.

Podał, że LPK Sp. z o.o. przedłożyła załącznik nr 8 do SWZ, składając w ramach wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych (pkt 1 i 2 tabeli) oświadczenie, że dysponuje łącznie 3 pojazdami spełniającymi normy emisji spalin minimum EURO 5, nie przedkładając jednak jakichkolwiek dokumentów.

Stanął na stanowisku, że w tych okolicznościach zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania ww. faktu, czego zamawiający zaniechał, dokonał oceny oferty LPK Sp. z o.o., przyznając wykonawcy maksymalną liczbę punktów.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 6.1.4. lit b) SWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje pojazdami specjalnymi.

Oświadczył, że LPK Sp. z o.o. przedłożyła:

1. załącznik nr 8 do SWZ (pkt 2 tabeli), w którym oświadczyła, że będzie dysponować pojazdem „Iveco Eurocargo” na podstawie dzierżawy,
2. załącznik nr 5 do SWZ (pkt 2), w którym oświadczyła, że nie będzie polegać na zasobach innych podmiotów,
3. załącznik nr 4 do SWZ dotyczący wyłącznie LPK Sp. z o.o. (tj. bez przedkładania stosownego załącznika również w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby).

Uzupełnił, że co prawda, pismem z 22.07.2021 r., zamawiający wezwał LPK Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, nie odnosząc się do ww. nieprawidłowości.

Podkreślił, że LPK Sp. z o.o. zobowiązana była wykazać (pkt 6.1.4. lit b) SWZ), że dysponuje określonymi pojazdami specjalnymi, dla uznania, że dany fakt został „wykazany”, nie wystarczy jednak oparcie się na głosownych twierdzeniach danej strony.

Wedle odwołującego zamawiający zobowiązany był w szczególności:

1. zażądać od LPK Sp. z o.o. w szczególności dokumentu wskazującego na to, że faktycznie spółka dysponuje pojazdem specjalnym (np. na podstawie umowy dzierżawy),
2. zażądać od LPK Sp. z o.o. wyjaśnień odnośnie do zaistniałej, wewnętrznej sprzeczności w oświadczeniach LPK Sp. z o.o. odnośnie do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego.

Uznał, że konsekwencją braku dysponowania wymaganym przez zamawiającego pojazdem powinno być odrzucenie oferty LPK Sp. z o.o.

Podniósł także, że zgodnie z pkt 6.1.4 lit b) SWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje pojazdami specjalnymi wyposażonymi w system monitoringu (bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego).

Podał, że pismem z 22.07.2021 r. zamawiający wezwał LPK Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących rzeczowego systemu monitoringu; w odpowiedzi LPK Sp. z o.o. w uzupełnionym załączniku nr 8 do SWZ dodała oświadczenie, że pojazdy specjalne są wyposażone w omawiany system GPS, nie przedkładając jakichkolwiek środków dowodowych wobec czego nie można stwierdzić, że LPK Sp. z o.o. w sposób prawidłowy wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku bazy magazynowo-transportowej wyposażonej w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 6.1.4 lit. c) SWZ ostatni myślnik jednym z warunków udziału w postępowaniu jest dysponowanie bazą magazynowo-transportową wyposażoną w miejsce do mycia i dezynfekcji

pojazdów zgodnie z właściwymi przepisami.

Oceń, że:

- przedłożonego przez LPK Sp. z o.o. załącznika nr 8 do SWZ (ostatni punkt tabeli) wynika, że spółka dysponuje bazą magazynowo-transportową pod adresem: ul. Przemysłowa 7, 38-600 Lesko; po wezwaniu zamawiającego LPK Sp. z o.o. przedłożyła uzupełnioną treść załącznika nr 8 do SWZ stwierdzając, że baza magazynowo-transportowa wyposażona jest w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów (zgodnie z właściwymi przepisami),
- przedłożonej przez LPK Sp. z o.o. decyzji Starosty Leskiego z 13.08.2013 r. (OS.6233.3.2013) wynika, że „Na terenie bazy nie przewiduje się mycia pojazdów jak również ich naprawy” (początek str. 7. decyzji).

Stał na stanowisku, że oświadczenia LPK Sp. z o.o. są sprzeczne z decyzją. Uzupełnił, że LPK Sp. z o.o. nie wykazała, na jakich zasadach będzie dysponowała miejscem do mycia i dezynfekcji pojazdów, zgodnie z pkt 6.1.44 lit. c) SWZ.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wpisu do rejestru działalności regulowanej odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją postępowania, przedmiotem zamówienia są wskazane kodami rodzaje odpadów, natomiast z zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z 29.06.2021 r. nie wynika, aby w przypadku LPK Sp. z o.o. wpis ten obejmował swoim zakresem rodzaje odpadów o kodach będących przedmiotem postępowania.

Dowód: Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej spółki LPK Sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku doświadczenia odwołujący podał, że zgodnie z pkt 6.1.4. lit. a) SWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że wykonał co najmniej jedną usługę trwającą minimum 8 miesięcy polegającą na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych zbieranych z nieruchomości w ilości nie mniejszej niż 300 Mg w ciągu 8 miesięcy, zgodnie zaś z pkt. 8.3.1. lit. d) SWZ wykonawca zobowiązany był przedłożyć m. in. dowody określające, czy dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący podał, że LPK Sp. z o.o. (załącznik nr 7 do SWZ) oświadczyła, że wykonała na rzecz Gminy Lesko usługę odbioru i transportu odpadów w ilości nie mniejszej niż 450 Mg w ciągu 5 miesięcy.

Podniósł, że z przedłożonego oświadczenia z 21.07.2021 r. wynika, że co prawda LPK Sp. z o.o. realizowała usługę odbioru i transportu odpadów, ale jednocześnie LPK Sp. z o.o. wskazuje, że we wskazanym okresie „zebrano i przekazano do zagospodarowania w ramach w/w umowy łącznie 1307,562 t odpadów komunalnych”.

Zauważył, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 779 ze zm.) poprzez gospodarowanie odpadami rozumie się nie tylko m. in. zbieranie i transport, lecz również przetwarzanie, co oznacza, że wskazane przez ilość „1307,562 t” nie demonstruje tego, ile konkretnie LPK Sp. z o.o. odebrała i przetransportowała odpadów, ponieważ obejmują one również m.in. postępowanie z odpadami polegające na ich przetwarzaniu, podczas, gdy we wskazanym przez LPK Sp. z o.o. przetargu przedmiotem nie było przetwarzanie. Dalsze wątpliwości odwołującego budzi użycie w oświadczeniu sformułowań „odebrano”, „przekazano”, które wskazują na możliwość nieprawidłowego ujęcia we wskazanej wartości czynności przetwarzania.

Podsumował, że nie można uznać, że LPK Sp. z o.o. wykazała w sposób prawidłowy doświadczenia, a zamawiający zobowiązany był do skierowania do LPK Sp. z o.o. wniosku o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie wraz z żądaniem przedłożenia stosownych referencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego poprawy oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o. odwołujący podał, że zamawiający, pismem z 16.07.2021 r., zawiadomił wykonawcę LPK Sp. z o.o., iż poprawia w ofercie inną omyłkę pisarską, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty – poprawka dotyczy pkt 9 sekcji D formularza ofertowego, tj. informacji na temat obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z art. 225 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685, 694 i 802), dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć; po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek określenia ww. okoliczności, a w konsekwencji zgodnie z art. 225 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca jest obowiązany do:

1. poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego,
2. wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego,
3. wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku,
4. wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Na powyższej podstawie odwołujący uznał, że zamawiający nie mógł sam w imieniu wykonawcy wypełnić formularza ofertowego – niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści oraz poprawienie niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty

Stwierdził, że umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący ocenił, że zamawiający nie może wykluczyć, iż wykonawca w stosunku do przedmiotowego zamówienia lub prowadzonej przez siebie działalności nie dysponuje indywidualną interpretacją podatkową, która wskazuje na obowiązek podatkowy po stronie zamawiającego.

Zdaniem odwołującego dokonanie poprawki w ofercie LPK Sp. z o.o. w istotny sposób wpływa na zmianę treści tej oferty, a tym samym zamawiający naruszył art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego udokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 79 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest dokumentować wszelkie czynności oraz zdarzenia odbywające się w ramach prowadzonego przez niego postępowania oraz, że rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa m.in. szczegółowy sposób dokumentowania oraz przechowywania dokumentów postępowania, zakres informacji zawartych w dokumentach czy w końcu tryb udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami.

Podniósł, że celem protokołu jest pełne odzwierciedlenie wszelkich działań – zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, podejmowanych w trakcie postępowania; regulacja stanowi odzwierciedlenie ogólnej zasady przejrzystości oraz jawności postępowania.

Zwrócił uwagę na następujące uchybienia:

1. podpis osoby sporządzającej protokół,
2. brak pisemnych oświadczeń osób wykonujących czynności w postępowaniu,
3. brak wskazania dat/godzin wpłynięcia oraz otwarcia ofert złożonych przez wykonawców,
4. brak zarządzenia w przedmiocie powołania komisji przetargowej.

Stwierdził, że protokół postępowania ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia możliwości odtworzenia, a także kontroli czynności podejmowanych w ramach konkretnego postępowania; jest to dokument sporządzany w określonej formie, zgodnie z ustawowymi wymogami, które zostały skonkretyzowane w rozporządzeniu.

Podkreślił, że dokument taki, aby posiadał walor prawidłowości musi być podpisany, podczas gdy protokół postępowania sporządzony przez Gminę Lesko nie zawiera podpisu osoby sporządzającej protokół wobec czego stanowi wyłącznie wydruk, a tym samym nie jest dokumentem sporządzonym w formie odpowiadającej wymogom prawa.

Odnosząc się do wymogu złożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu stosownych oświadczeń w zakresie istnienia/braku istnienia konfliktu interesów zaznaczył, że z brzmienia art. 56 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż oświadczenie takie powinno zostać złożone w formie pisemnej, podczas gdy protokół ogranicza się do wskazania, iż takie oświadczenia zostały złożone; oryginały czy kopie ww. oświadczeń nie stanowią załącznika do protokołu, a zatem nie jest możliwa weryfikacja ich treści.

Uznał, że Gmina Lesko nie zawarła ww. informacji w protokole postępowania, co stanowi naruszenie uniemożliwiające de facto analizę przebiegu postępowania.

Uzupełnił, że do protokołu nie zostało załączone Zarządzenie z dnia 11 marca 2021 r. Nr 39/1/111/2021 powołujące komisję przetargową, tj. dokument, który ma znaczenie m.in. z uwagi na wskazane w odwołaniu zagadnienia oceny występowania konfliktu interesów.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta DVD) przy piśmie z dnia 3 sierpnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, pisma zamawiającego – „*Odpowiedź na odwołanie z dnia 28 lipca 2021 r.*”, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że cofa zarzut 4, tj. przyznania punktacji wykonawcy LPK Sp. z o.o. w Lesku za dysponowanie pojazdami spełniającymi normy emisji EURO 5 w sytuacji, w której wykonawca niedysponuje tego typu pojazdami, zaniechania dokonania przez zamawiającego wezwania LPK Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentacji wykazującej dysponowanie przez LPK Sp. z o.o. pojazdami specjalnymi, zaniechania odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. wobec czego postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

Zarzuty 1 i 2, tj.

- zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest nieusuwalną wadą, polegającą na zaniechaniu podania przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert,
 - powierzenia wykonywania czynności w postępowaniu Łukaszowi Woźniczak, będącemu jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w spółce LPK i zaniechania jego obligatoryjnego wyłączenia w sytuacji wystąpienia konfliktu interesów
- jako spóźnione, nie mogły zostać poddane ocenie składu orzekającego Izby.

W odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tzw. zamówienie podprogowe) termin na wniesienie odwołania wobec powyższych zaniechań zamawiającego winien być liczony zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie (...) 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne*”.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upłynął 14 lipca 2021 r. o godz. 10⁰⁰ (pkt 11 ppkt 1 Protokołu), zaś otwarcie ofert nastąpiło w tym samym dniu o godz. 10³⁰.

Skoro obowiązkiem zamawiającego jest podanie kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia najpóźniej przed otwarciem ofert (bezpośrednio przed otwarciem ofert) to od dnia, w którym nastąpiło to otwarcie zaczyna bieg termin na wniesienie odwołania na zaniechanie co do tej czynności.

Uwzględniając, że otwarcie ofert nastąpiło 14 lipca 2021 r. oraz 5-cio dniowy termin na wniesienie odwołania z art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp stwierdzić należy, że termin ten upłynął 19 lipca 2021 r. (poniedziałek).

Zgłoszenie zarzutu zaniechania podania przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert w odwołaniu wniesionym 28 lipca 2021 r. należy uznać za spóźnione.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania powierzenia wykonywania czynności w postępowaniu Ł. W., będącemu jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w LPK i zaniechania jego obligatoryjnego wyłączenia w sytuacji wystąpienia konfliktu interesów, skład orzekający Izby wskazuje, że informację co do wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący mógł powziąć już w dniu otwarcia ofert, tj. 14 lipca 2021 r. Znając zaś krąg wykonawców, na podstawie ogólnie dostępnych rejestrów, odwołujący mógł ustalić, że Łukasz Woźniczak jest członkiem Rady Nadzorczej w spółce, która złożyła ofertę konkurencyjną, tj. LPK.

Uwzględniając, że otwarcie ofert nastąpiło 14 lipca 2021 r. oraz 5-cio dniowy termin na wniesienie odwołania z art. 515 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp stwierdzić należy, że termin na zgłoszenie zarzutu upłynął 19 lipca 2021 r. (poniedziałek).

Zgłoszenie zarzutu zaniechania powierzenia wykonywania czynności w postępowaniu Ł. W., będącemu jednocześnie członkiem Rady Nadzorczej w LPK i zaniechania jego obligatoryjnego wyłączenia w sytuacji wystąpienia konfliktu interesów 28 lipca 2021 r. należy uznać za spóźnione.

Zarzut 3, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na okoliczność, że posiadane przez LPK zasoby zaangażowane są w realizację umów na obiór i transport odpadów z gmin Baligród, Cisna, Miasto i Gmina Lesko w związku z tym wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.4.b SWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwolujący nie kwestionował, że wykonawca LPK nie dysponuje w ogóle pojazdami niezbędnymi do realizacji zamówienia (zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.1.4. lit. b) SWZ), ale to, iż nie będzie mógł z zasobów tych skorzystać przy realizacji tego zamówienia ze względu na to, że „*pojazdy wskazane przez wykonawcę LPK Sp. z o.o. w Lesku zaangażowane są w wykonywanie kontraktów na rzecz Gmin Cisna, Baligród, oraz na rzecz Zamawiającego – w odniesieniu do innego kontraktu*”, argumentując, że „*Harmonogram odbioru odpadów, określony SWZ (załącznik nr 1 do OPZ) koliduje aż w czterech dniach z harmonogramami odbioru odpadów obowiązującymi w ramach kontraktów w Cisne, Baligród i Lesko*” (str. 7 odwołania).

Na rozprawie zamawiający podniósł, że harmonogram, na który powołał się odwołujący nie wskazuje dni, w których mają być odbierane odpady, a jedynie proponowane trasy przejazdów miejscowościami, z których mają być odbierane odpady stąd nie może być mowy o żadnej kolizji dni, w których odpady byłyby odbierane z miejscowości objętych przedmiotowym zamówieniem.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał także, że „*to na wykonawcy ciąży obowiązek takiego dostosowania organizacji pracy zakładu by móc w całości realizować zadania którego dotyczy zamówienie*” (str. 7).

Skład orzekający Izby, przypominając, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia, z których wywodzą skutki prawne.*”, wskazuje, że swoje twierdzenie o braku po stronie wykonawcy LPK gwarancji należytego wykonania zamówienia w związku z zaangażowaniem pojazdów w wykonywanie innych kontraktów odwołujący pozostawił gołosłownym.

Jak podnosił zamawiający powołanie się przez odwołującego na załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu zamówienia, ze względu na brak w nim wskazania (narzucenia) dni odbioru odpadów (a tym samym brak możliwości ich „konfrontacji” z dniami, w których już odbywają się odbiory z innych miejscowości), nie było trafne. Co więcej, trasy wskazane w załączniku nr 1 to jedynie trasy proponowane, a zatem to od wykonawcy ostatecznie zależy, w jaki sposób zorganizuje odbiór odpadów z poszczególnych miejscowości.

Wykorzystywanie przez wykonawcę tych samych pojazdów przy realizacji różnych zamówień nie jest niczym nietypowym i stanowi jedynie przejaw racjonalnego nimi dysponowania. Kwestia kluczową jest opracowany przez wykonawcę sposób organizacji odbioru odpadów w tych samych dniach z różnych miejscowości z wykorzystaniem tych samych pojazdów.

Przekonanie samego odwołującego, nie jest wystarczające do uznania, że odwołujący udowodnił, że w tym przypadku zachodzi jakiekolwiek zagrożenie dla należytego wykonania zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut 5, tj. zaniechania odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. podczas, gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących obowiązku dysponowania bazą magazynowo-transportową wyposażoną w miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów zgodnie z właściwymi przepisami potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 6 „*Informacje o warunkach udziału w postępowaniu*” pkt 6.1.4. lit. c) SWZ „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) 6.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie: (...) Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że (...) c) dysponuje w celu wykonania zamówienia publicznego bazą magazynowo - transportową:*

– *usytuowaną na terenie Gminy Lesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic administracyjnych tej gminy,*

– *usytuowaną na terenie, do którego posiada tytuł prawny;*

– *wyposażoną w miejsce przeznaczone do parkowania pojazdów, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,*

– *wyposażoną w miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,*

– *wyposażoną w legalizowaną samochodową wagę najazdową, w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów, wyposażoną w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, wyposażoną w pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, na terenie, której znajduje się punkt konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów zgodnie z rozporządzeniem 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)”*

Zgodnie z rozdziałem 8 „*Informacje o oświadczeniu wstępnym i podmiotowych środkach dowodowych*” pkt 8.3.1. lit. e) SWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy miał obowiązek złożyć „*wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ) – w odniesieniu do warunku określonego w pkt 6.1.4 lit. b-c SWZ.*”

W opracowanym przez zamawiającego wzorze załącznika nr do SWZ przewidziano podanie przez wykonawcę informacji w ramach następujących kolumn „*Nazwa*”, „*Ilość*”, „*Podstawa dysponowania*”

W wypełnionym załączniku nr 8 do SWZ „*Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych*”, w odniesieniu do bazy magazynowo-transportowej, wykonawca LPK oświadczył:

w kolumnie „*Nazwa*” – „*ul. Przemysłowa 7, 38-600 Lesko*”,

w kolumnie „*Ilość*” – „*1*”,

w kolumnie „*Podstawa dysponowania*” – „*Własność*”.

W uzupełnionym załączniku nr 8 do SWZ, w odniesieniu do bazy magazynowo-transportowej, wykonawca LPK w kolumnie „*Nazwa*”, oświadczył: „*Usytuowana na terenie Gminy Lesko przy ul. Przemysłowa 7, 38-600 Lesko - Usytuowana na terenie, do którego posiadamy tytuł prawny - Wyposażona w miejsce przeznaczone do parkowania pojazdów, zabezpieczoną przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, - Wyposażona w miejsce do magazynowania selektywnie zbieranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, - Wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów, - Wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, - Wyposażoną w pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, - Na terenie, której znajduje się punkt konserwacji i*

napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122)"

Pismem z dnia 23 lipca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy LPK.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Analizując ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału z rozdziału 6 pkt 6.1.4. lit. e) tiret ostatni (baza magazynowo-transportowa z miejscem do mycia i dezynfekcji pojazdów) oraz przewidziany przez zamawiającego sposób wykazania tegoż warunku (złożenie wypełnionego wzoru załącznika nr 8 do SWZ) stwierdzić należy, że zamawiający za wystarczające uznał oświadczenie samego wykonawcy. Bezsprzecznie wykonawca LPK takie oświadczenie złożył w ramach uzupełnionego załącznika nr 8 do SWZ.

Odwołujący podniósł jednak, że oświadczenia wykonawcy LPK nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, ponieważ w Decyzji Starosty Leskiego OS.6233.3.2013 z dnia 13 sierpnia 2013 r. (zgodnie z częścią III – „Czas obowiązywania zezwolenia: do dnia 12 sierpnia 2023 r.”) wskazano „*Na terenie bazy nie przewiduje się mycia pojazdów jak również ich naprawy*” (w ramach uzasadnienia decyzji, str. 7, zdanie pierwsze).

Zamawiający podniósł natomiast znaną mu z urzędu (jako kontrolującego wykonywanie zadań w ramach odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy) okoliczność, iż mycie i dezynfekowanie pojazdów odbywa się na terenie oczyszczalni ścieków w Lesku stanowiącej własność wykonawcy LPK, powołując się na treść pkt. 2 ppkt 2 Protokołu Kontroli przeprowadzonej przez Urząd Miasta i Gminy Lesko GPNiOŚ.6232.18.2018 z dnia 4 lipca 2018 r. (załącznik do Odpowiedzi na odwołanie).

Skład orzekający Izby podkreśla, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami.

W przedmiotowym postępowaniu, abstrahując od oceny niezbędności ustanowienia takiego wymogu, bez wątplenia zamawiający zastrzegł, w odniesieniu do bazy magazynowo-transportowej, że to na jej terenie ma znajdować się miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów (*„na terenie, której znajduje się punkt konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów”*).

Wobec takiego wymogu w ramach warunku za niewystarczającą należy uznać możliwość utrzymania stanu sanitarnego pojazdów poza terenem bazy magazynowo-transportowej, którą dysponuje wykonawca.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wykonawcy LPK, ponieważ okoliczność taka wynika: po pierwsze – z uzasadnienia przywołanej przez odwołującego Decyzji Starosty Leskiego (*„Na terenie bazy nie przewiduje się mycia pojazdów jak również ich naprawy”*), po drugie – z załączonego przez zamawiającego do Odpowiedzi na odwołanie Protokołu z kontroli Urzędu Miasta i Gminy Lesko z 4 lipca 2018 r., gdzie w pkt 2 na str. 3 wskazano: *„Mycie pojazdów wykonywane jest poza bazą magazynowo-transportową”*.

Jeśli kwestia mycia i dezynfekcji pojazdów na terenie samej bazy magazynowo-transportowej nie miała dla zamawiającego znaczenia to zamawiający nie powinien w SWZ artykułować warunku z takim zastrzeżeniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, a zamawiający winien (wobec skorzystania już z możliwości uzupełnienia wykazu) odrzucić ofertę LPK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Zarzut 6, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na okoliczność, że LPK nie posiada adekwatnego wpisu do rejestru działalności regulowanej, w związku z tym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.4.a SWZ w zw. z tabelą zawierającą rodzaje odpadów stanowiących przedmiot zamówienia po zmianach dokonanych przez zamawiającego (OPZ) nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W odwołaniu odwołujący stwierdził, że wykonawca LPK nie spełnia warunków zakreślenia posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, ponieważ z przedłożonego przez tego wykonawcę zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 29 czerwca 2021 r. nie wynika, *„aby wpis ten obejmował swoim zakresem rodzaje odpadów o kodach będących przedmiotem zamówienia”* (str. 10).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyjął, że zastrzeżenia odwołującego dotyczą kodu 20 01 40 i wyjaśnił, że w odniesieniu do tego kodu w tabeli wkradła się omyłka (tzw. czeski błąd), tj. omyłkowo podano 20 01 04, którego to nie zawiera katalog kodów zawarty w załączniku do Rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 poz. 10), wskazując także, że prawidłowo wskazał kod opisując w pkt 1.1. Zakres przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że *„formułując zarzut miał na myśli, iż w przypadku LPK wpis do rejestru nie obejmuje odpadów o kodzie: 20 03 01 tj. niesegregowane/zmieszane”*.

Skład orzekający Izby uznał, że wskazanie dopiero na rozprawie jaki rodzaj odpadów – jaki kod odpadów nie obejmuje przedłożony przez LPK dokument (wskazane nowej okoliczności faktycznej zarzutu) stanowi niedopuszczalne rozszerzenie postawionego w odwołaniu zarzutu, co do którego skład orzekający Izby, po myśli art. 555 ustawy Pzp, nie może orzekać (*„Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”*).

Wobec braku wskazania przez odwołującego, jakich konkretnie kodów nie ujęto w zaświadczeniu przedłożonym przez wykonawcę LPK oraz niewątpliwego faktu, że zaświadczenie z szeregiem kodów (ponad 20) wykonawca ten złożył, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut 7, tj. zaniechania wezwania LPK Sp. z o.o. do przedłożenia referencji oraz wyjaśnień odnośnie do posiadanego doświadczenia (wykonania co najmniej jednej usługi trwającej minimum 8 miesięcy polegającej na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych zbieranych z nieruchomości w ilości nie mniejszej niż 300 Mg w ciągu 8 miesięcy), a w konsekwencji naruszenie art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LPK Sp. z o.o. podczas, gdy LPK Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanego doświadczenia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 6 *„Informacje o warunkach udziału w postępowaniu”* pkt 6.1.4. lit. a) SWZ, uwzględniając modyfikacje SWZ z 9 czerwca 2021 r., zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał wykazania, że wykonawca *„wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich*

3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną usługę trwającą minimum 5 miesięcy polegającą na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych zbieranych z nieruchomości w ilości nie mniejszej niż 160 Mg w ciągu 5 miesięcy”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający, zgodnie z rozdziałem 8 „Informacja o oświadczeniu wstępnym i podmiotowych środkach dowodowych” pkt 8.3.1. lit. d) SWZ, oczekiwał złożenia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się 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 przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, 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 sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 7 do SWZ).

Korzystając z opracowanego przez zamawiającego wzoru załącznika nr 7 do SWZ, wykonawca LPK oświadczył, że wykonał odbiór i transport odpadów komunalnych zebranych z nieruchomości w ilości nie mniejszej niż 450 Mg w ciągu 5 miesięcy w okresie od 20.07.2018 do 31.03.2019 roku na rzecz Gminy Lesko.

Wykonawca LPK złożył także oświadczenie własne z 21 lipca 2021 r. o treści: „Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o. o. oświadcza, że w okresie od 20.07.2018 do 31.03.2019r posiadało zawartą umowę z Gminą Lesko nr 105/2018 z dnia 20 lipca 2018r na zadanie: „Odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Lesko”. W okresie od 20.07.2018 do 31.03.2019r zebrano i przekazano do zagospodarowania w ramach ww umowy łącznie 1307,562 t odpadów komunalnych”

Pismem z dnia 23 lipca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący utrzymywał, że „wskazane przez LPK sp. z o.o. dane (tj. ilość „1307,567 t”) nie demonstruje tego, ile konkretnie LPK sp. z o.o. odebrała i przetworzyła odpadów. Obejmują one bowiem również m.in. postępowanie z odpadami polegające na ich przetworzeniu – podczas, gdy we wskazanym przez LPK sp. z o.o. przetargu przedmiotem nie było przetwarzanie. Dalsze wątpliwości budzi użycie w oświadczeniu sformułowań „odebrano”, „przekazano” – które również wskazują na możliwość nieprawidłowego ujęcia wskazanej wartości czynności przetwarzania” (str. 11 odwołania).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że twierdzenie odwołującego, iż ilości odpadów wskazane przez wykonawcę LPK „Obejmują (...) również m.in. postępowanie z odpadami polegające na ich przetworzeniu” nie jest uzasadnione treścią oświadczenia tego podmiotu. Nadinterpretacją jest wyciąganie na podstawie sformułowania „zebrano i przekazano do zagospodarowania”, wniosku, że także przetworzenia (zagospodarowania) odpadów dokonał ten podmiot (podmiot przekazujący odpady). Co więcej, argument samego odwołującego, iż przedmiotem przetargu w wyniku którego wykonawca LPK zrealizował usługę nie było zagospodarowanie odpadów przemawia za uznaniem, że mowa jedynie o odbiorze odpadów.

Uzupełniając dostrzec należy, że wykazanie spełnienia warunku miało nastąpić – w jego aspekcie ilościowym – w wykazie usług, czego nie zabrakło w wypełnionym przez wykonawcę LPK załączniku nr 7 do SWZ, gdzie wskazano wykonanie usługi z ilością „nie mniejszą niż 450 Mg”.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut 8, tj. poprawienia oferty wykonawcy LPK, tj. uznania przez zamawiającego, iż wystąpiła w ofercie tego wykonawcy inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy omyłka wykonawcy LPK miała znaczenie dla treści oferty i wprowadzała zamawiającego w błąd, a tym samym zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy lub co najmniej wezwać wykonawcę LPK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do treści oferty nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wykonawca LPK, wypełniając opracowany przez zamawiającego załącznik nr 3 do SWZ „Formularz ofertowy” w części C „Ofertowany przedmiot zamówienia” oświadczył: „Ofertuję/ofertujemy* wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ za cenę: brutto 343 980,00 zł (słownie brutto: trzysta czterdzieści trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt złotych 00/100). netto 318 500,00 zł podatek VAT 8 %, 25 480,00 zł, według wyliczenia w tabeli poniżej: (...)”

Jednocześnie wykonawca LPK, wypełniając opracowany przez zamawiającego załącznik nr 3 do SWZ „Formularz ofertowy” w części D „Oświadczenia dotyczące postanowień SWZ” pkt. 9 wskazał:

„Składając niniejszą ofertę, zgodnie z art. 225 ust. 1 ustawy Pzp informuję, że wybór oferty:

- a) nie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć,
- b) będzie prowadzić do prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego następujących towarów/usług: (...)”

Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2021 r. dokonał poprawy Formularza ofertowego wykonawcy LPK, na co ten wyraził zgodę.

Zamawiający napisał: „poprawia w Państwa ofercie inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Uzasadnienie:

Wykonawca - Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. niewłaściwie wypełnił pozycję formularza ofertowego związaną z wykonaniem ciężącego na nim obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 225 ust. 1 ustawy Pzp). Na podstawie art. 41 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.) w powiązaniu z art. 146 aa tejże ustawy (Załącznik nr 3 pozycja 27-35) wymienione zostały usługi związane z odbiorem i transportem odpadów, dla których stawka podatku VAT wynosi 8 %. Wykonawca wskazując kalkulację ceny w formularzu oferty (tabela w sekcji C), prawidłowo określił stawkę VAT dla usługi objętej przedmiotem zamówienia, tym samym nie popełnił błędu w obliczeniu ceny oferty.

Wybór oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym pn.

„Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko” nie prowadzi do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, dlatego Zamawiający nie dolicza do przedstawionej w ofercie ceny kwoty podatku VAT, którą miałby obowiązek rozliczyć.

W związku z powyższym Zamawiający poprawia treść Formularza oferty w następujący sposób: (...)

9. Składając niniejszą ofertę, zgodnie z art. 225 ust. 1 ustawy Pzp informuję, że wybór oferty:

- a) nie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć,
- b) będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego następujących towarów/usług: (...)

Pismem z dnia 23 lipca 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy LPK Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby obliczenie przez wykonawcę LPK ceny ofertowej z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT (jak w części C), co znalazło potwierdzenie w tabeli ujętej w „Formularzu ofertowym” ewidentnie świadczy o tym, że wykonawca ten, zgodnie z obowiązującymi przepisami, przewidział wywiązanie się z ciążącego nań obowiązku podatkowego.

Trafnie wskazywał w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający, iż obliczenie przez wykonawcę LPK ceny ofertowej z prawidłową stawką podatku VAT oznacza, że zamawiający nie dolicza już do ceny ofertowej kwoty podatku VAT (dla porównania z cenami ofertowymi innych wykonawców).

W tym stanie rzeczy zaznaczenie przez wykonawcę LPK w pkt. 9 części D *Formularza ofertowego* niewłaściwego pola – kwadratu, jawi się rzeczywiście jako omyłkowe, które nie odpowiada szczegółowemu wyliczeniu ceny ofertowej, uwzględniającej kwotę podatku VAT (z zastosowaniem prawidłowej stawki tego podatku). Skoro szczegółowe wyliczenie ceny ofertowej zostało zawarte w ofercie, utrzymanie niewłaściwego zaznaczenia pola nie byłoby zgodne z obowiązującymi przepisami, to uznać należało, że zamawiający zasadnie dokonał poprawy oferty wykonawcy LKP, nie powodując istotnej zmiany jej treści (skoro cena ofertowa LPK uwzględniła kwotę podatku VAT).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut 9, tj. nieprawidłowego sposobu udokumentowania przez zamawiającego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności poprzez brak złożenia podpisu osoby sporządzającej protokół, brak dołączenia pisemnych oświadczeń osób wykonujących czynności w postępowaniu, brak wskazania dat/godzin wpłynięcia oraz otwarcia ofert złożonych przez wykonawców, brak zawarcia zarządzenia powołującego komisję przetargową nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał, czego odwołujący nie kwestionował, że w dniu 23 lipca 2021 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu konkretnych dokumentów, tj. protokołu postępowania, załączników do protokołu – oferty LPK oraz korespondencji pomiędzy wykonawcą LPK a zamawiającym.

Dokumenty te, czego także odwołujący nie kwestionował, zostały mu udostępnione przy piśmie z dnia 27 lipca 2021 r.

Bezsprzecznie wśród oczekiwanych przez odwołującego załączników do protokołu nie było oświadczeń osób wykonujących czynności w postępowaniu oraz zarządzenia w przedmiocie powołania komisji przetargowej.

Powyższe przesądza o tym, że odwołujący oparł zarzut nie błędnym założeniu, że skoro zamawiający ww. oświadczeń i zarządzenia mu nie udostępnił to ich brak i nie stanowią one załączników do protokołu.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby ustalił, że zarówno oświadczenia wymagane przepisem art. 56 ust. 4 ustawy Pzp, jak i zarządzenie w przedmiocie powołania komisji przetargowej znajdują się w nadesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania.

Odwołujący, poza eksponowaniem faktu, że prowadzony przez zamawiającego protokół winien być podpisany, nie wskazał podstawy prawnej przesądzającej o tym, że prowadzony na bieżąco protokół winien być także „na bieżąco podpisywany”, tj. po naniesieniu każdego kolejnego w nim wpisu.

W ocenie składu orzekającego Izby sam fakt udostępnienia protokołu postępowania wykonawcom przez zamawiającego z naniesionymi wpisami stanowi wystarczające uzasadnienie, aby przyjąć, że informacje tam ujęte stanowią odzwierciedlenie rzeczywistego przebiegu prowadzonego przez zamawiającego postępowania na danym jego etapie.

Protokół nie został jeszcze zakończony (zamówienie nie zostało udzielone, nie zakończono wszystkich czynności, których wskazania wzór protokołu wymaga) toteż nie było niezbędnym jego podpisanie.

W odniesieniu do „braku wskazania dat/godzin wpłynięcia oraz otwarcia ofert” skład orzekający Izby stwierdza, że także w tym przypadku odwołujący nie wskazał podstawy prawnej kreującej po stronie zamawiającego obowiązek ujęcia w protokole informacji o godzinie/dacie wpływu ofert oraz godzinie/dacie ich otwarcia (odrębnie dla każdej z ofert).

Trafnie natomiast zamawiający podnosił, że obowiązek zamawiającego wyczerpuje podanie terminu upływu, wspólnego wszystkim ofertom, składania ofert (pkt 11 ppkt 1 protokołu) oraz podanie wspólnego wszystkim ofertom terminu otwarcia. (pkt 12 ppkt 2 protokołu).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1) i § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: