

Sygn. akt: KIO 539/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę SanTa-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Baranów Sandomierski

przy udziale wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. częściach, w tym odrzucenie ofert wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 539/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Baranów Sandomierski [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski oraz z PSZOK w Skopaniu i zimnego popiołu z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski (znak postępowania: RIGVII.271.1.1.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 stycznia 2023 r. pod numerem nr 2023/BZP 00066997/01.

W dniu 27 lutego 2023 r. wykonawca SanTa-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis,

mimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak wpisu na dzień składania ofert do rejestru działalności regulowanej polegającej na odbieraniu od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych w zakresie wszystkich wymaganych zapisami SWZ kodów odpadów oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis, mimo iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej;

2. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy w zakresie, w jakim zakłada powierzenie realizacji całości zamówienia podwykonawcom;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PW O., mimo iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania bowiem jego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania było prowadzące w błąd z uwagi na okoliczność, iż PW O. był uprzednio w takiej sytuacji, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił innemu zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Remondis jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2 zamówienia,
- Ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty Remondis (w obu częściach zamówienia) oraz odrzucenie oferty PW O. (co najmniej w zakresie części 2, jednak z uwagi na zbieżność okoliczności faktycznych i prawnych zasadne będzie odrzucenie tej oferty także w zakresie części 1),
- oraz zasądzenia kosztów na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

W zakresie zarzutów zawartych w punkcie 1. Odwołujący podkreślał, że warunki udziału w postępowaniu dla obu części zamówienia były określone w taki sam sposób (zamawiający nie różnicował warunków dla poszczególnych części zamówienia). Oba więc wymagania (wpis do gminnego rejestru działalności regulowanej i zezwolenie na transport odpadów, którym obecnie jest odpowiedni wpis do rejestru BDO) należało więc spełnić niezależnie od tego, na którą część zamówienia wykonawca składał ofertę. Z wtrącenia zawartego w nawiasie postanowienia rozdz. IX pkt 2 ppkt 2 SWZ wynikało przy tym, że wpisy do obu rejestrów należało mieć „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”, a więc dla odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego wniosku tego nie zmienia treść rozdz. X SWZ, w którym Zamawiający wymieniając dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymóg z rozdz. IX pkt 2 ppkt 2 SWZ rozdzielił na dwa punkty – odpowiednio dwa dokumenty (wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz aktualne zezwolenie właściwego organu na transport odpadów), tylko do tego drugiego przepisując z rozdz. IX pkt 2 ppkt 2 SWZ treść z nawiasu.

Po pierwsze, należy mieć na uwadze, że postanowienia SWZ odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu nie mogą być odczytywane w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Nie można więc przyjąć, że warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej może dotyczyć jakichkolwiek odpadów komunalnych (niezależnie od tego, jaki odpady są objęte przedmiotem zamówienia). Taka wykładnia postanowień SWZ prowadziłaby do wniosku, że opis warunków udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny (co stanowiłoby o naruszeniu podstawowych zasad postępowania), a po drugie całkowicie absurdalny, skoro za minimalne poziomy zdolności do realizacji zamówienia należałoby uznać uprawnienie do odbierania od właścicieli nieruchomości jakichkolwiek odpadów, nie zaś tych, do których odnosi się opis przedmiotu zamówienia. W skrajnych przypadkach Zamawiający musiałby bowiem uznać, że

wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu mimo, iż nie posiada uprawnienia do transportu czy odbioru odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia z tego tylko powodu, że posiada wpis do właściwego rejestru w zakresie jakichkolwiek odpadów -odpadów innych, nieobjętych przedmiotem zamówienia. Na konieczność dokonywania wykładni warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia Izba wskazuje m. in. w wyroku z dnia 30 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1278/15. Odwołujący podkreślał, że wskazany wyrok został wydany w sprawie, w której warunki udziału w postępowaniu miały w zasadzie identyczną treść, jak w niniejszej sprawie.

Po drugie, o czym szerzej poniżej, sam Zamawiający rozumiał warunki udziału w postępowaniu postawione przez siebie w taki sposób, jak Odwołujący, o czym świadczy wezwanie Remondis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący przywołał postanowienia opisu przedmiotu zamówienia dotyczące części 1 zawarte w punkcie 4.1.1 SWZ i wskazał, że odpady od właścicieli nieruchomości są odbierane, co wynika z dalszych zapisów SWZ, z podziałem na frakcje: szkło, papier i tektura, tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe, odpady komunalne ulegające biodegradacji, odpady komunalne nie ulegające biodegradacji, odpady zmieszane. Odpady pochodzące ze zbiórek masowych (np. prace interwencyjne, akcje typu „Sprzątanie świata”) z oczywistych względów nie będą zebrane z podziałem na wskazane tu frakcje, a mogą obejmować bardzo różne odpady komunalne, w tym charakterystyczne dla tzw. dzikich wysypisk odpady budowlane, zużyte opony itp.

Odwołujący wskazał, że rodzaje odpadów objętych przedmiotem dla części 1 zamówienia uszczegółowione zostały w rozdz. IV pkt 4.1.9. ppkt 5 SWZ, w którym Zamawiający wskazał w tabeli odpady objęte przedmiotem zamówienia oraz szacunkowe ilości tych odpadów ustalone na podstawie danych z 2022 r. Wśród odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla części 1 Zamawiający wskazał m. in. Odpady: zużyte opony, żelazo i stal oraz zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03.

Dla części 2 zamówienia Zamawiający zakres przedmiotu zamówienia wskazał w rozdz. IV pkt 4.2.2. SWZ jako odbiór i transport gromadzonych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w sposób selektywny następujących rodzajów odpadów o podanych kodach (...). Kody i rodzaje odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia zostały wskazane w Tabeli, a wśród nich wymieniono m. in. odpady: mineralne oleje hydrauliczne niezawierające związków chlorowcoorganicznych, mineralne oleje silnikowe, przekładniowe i smarowe niezawierające związków chlorowcoorganicznych, inne oleje silnikowe, przekładniowe i smarowe, zużyte opony, elementy usunięte ze zużytych urządzeń inne niż wymienione w 16 02 15* - niebezpieczne elementy lub części składowe usunięte ze zużytych urządzeń, szkło, odpadowa papa, materiały izolacyjne inne niż

wymienione w 17 06 01 – materiały izolacyjne zawierające azbest i 17 06 03 – inne materiały izolacyjne zawierające substancje niebezpieczne.

Wykonawca Remondis, co wynika z treści wezwań, jakie Zamawiający skierował do tego wykonawcy w dniu 13 lutego 2023 r. (dla obu części) nie posiadał wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wymienionym powyżej odpowiednio dla części 1 i 2 zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwania wykonawca Remondis przedstawił zaświadczenie z dnia 14 lutego 2023 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości poprzez rozszerzenie zakresu działalności Remondis na wskazane powyżej kody, jednak z treści tego zaświadczenia jednoznacznie wynika, że wniosek o rozszerzenie zakresu działalności regulowanej Remondis złożył po otrzymaniu wezwania ze strony Zamawiającego, tj. 14 lutego 2023 r., a zarazem po dniu złożenia ofert w niniejszym postępowaniu, który przypadał na dzień 7 lutego 2023 r. Wykonawca Remondis nie wykazał więc by na dzień składania ofert w postępowaniu spełniał warunki udziału w postępowaniu, a wręcz przeciwnie – ze złożonych przez niego dokumentów jednoznacznie wynika, że na dzień 7 lutego 2023 r. warunki udziału w postępowaniu nie były spełnione. Odwołujący przywołał wyrok KIO 3761/21 oraz KIO 3753/21.

Odwołujący dodał, że Zamawiający w rozdz. VIII pkt 2 SWZ wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie oferta Remondis winna zostać odrzucona także i z tego względu, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Remondis złożył mianowicie wraz z ofertą oświadczenie (sporządzone wg załącznika nr 2 do SWZ), że spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy tymczasem – w świetle powyższych uwag – oświadczenie to jest niezgodne ze stanem rzeczywistym. Na podstawie tego oświadczenia Zamawiający przyjął wstępnie, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i przystąpił do kolejnego etapu badania i oceny ofert, tj. wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych, a kolejno wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Oświadczenie złożone w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogło więc mieć (i de facto miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawcy Remondis można także przypisać w niniejszej sprawie co najmniej działanie niedbałe, polegające na braku dochowania wymaganej od niego staranności, a nawet wręcz lekkomyślne. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3066/21.

Wykonawca w niniejszej sprawie wiedział, jaki jest opis przedmiotu zamówienia, tj. jakie odpady będzie musiał po uzyskaniu zamówienia odbierać od właścicieli nieruchomości.

Znał, a przynajmniej powinien znać, również zapisy SWZ odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu wymagające posiadania określonych uprawnień „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”. W tej sytuacji jego obowiązkiem było zweryfikowanie, czy we wpisie do rejestru działalności regulowanej posiada wszystkie kody odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu bez tej weryfikacji świadczy o niedbalstwie wykonawcy i braku dochowania przez niego choćby minimalnej staranności przy złożeniu oferty. Jeśli zaś oświadczenie, o którym mowa zostało złożone, mimo iż weryfikacja zakresu wpisu była przez wykonawcę przeprowadzona, a w jej wyniku potwierdziło się, że wpis do rejestru nie obejmuje wszystkich kodów objętych SWZ, świadczy co najmniej o lekkomyślności wykonawcy, jeśli nie o celowym działaniu.

Odnośnie zarzutu 2-ego Odwołujący wskazał, że Remondis w pkt 4 oferty dla części 1 oraz w pkt 4 dla części 2 zamówienia wskazał: Następującą część zamówienia powierzmy podwykonawcom (jeżeli dotyczy): Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski oraz z PSZOK w Skopaniu i zimnego popiołu z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski. Zakres planowanego przez wykonawcę Remondis podwykonawstwa pokrywa się więc dokładnie z zakresem niniejszego zamówienia. Remondis, w świetle oświadczenia zawartego w jego ofercie, zamierza więc przekazać do realizacji podwykonawcom całe zamówienie, co jest sprzeczne z treścią art. 462 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. A contrario, nie istnieje możliwość powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Izby, które choć wydane w poprzednim stanie prawnym, w pełni zachowują swoją aktualność. Tytułem przykładu może wskazać tu wyrok Izby z dnia 25 stycznia 2021 r., KIO 3459/20. Prawdopodobnie tego stanowiska potwierdził również Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21. Oferta Remondis podlega więc odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu 3-ego Odwołujący wskazał, że Wykonawca PW O., składając ofertę, oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie wskazanych tu przepisów. Oświadczenie to jest niezgodne ze stanem rzeczywistym i wprowadza Zamawiającego w błąd. Odwołujący wyjaśnił, że wskazany wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych położonych na terenie Gminy Wilczyce” oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (tzw. BDO) zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku

o odpadach (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 699 z późniejszymi zmianami) w zakresie transportu odpadów w zakresie obejmującym minimum przedmiot niniejszego zamówienia oraz zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. W oparciu o to oświadczenie oferta wykonawcy została wybrana we wskazanym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Wobec takiego rozstrzygnięcia Odwołujący, który ubiegał się również o to zamówienie, złożył w dniu 12 grudnia 2022 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu – Gminie Wilczyce naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PW O., mimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak wpisu do rejestru BDO jako zbierający zużyty sprzęt oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PW O., mimo iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, iż PW O. z naruszeniem dobrych obyczajów, zagrażając interesom Zamawiającego i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz w celu przysporzenia sobie korzyści, wprowadził Zamawiającego w błąd co do posiadania przez siebie wpisu do rejestru BDO jako zbierający zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (sygn. akt KIO 3305/22).

Gmina Wilczyce, po potwierdzeniu, że PW O. nie posiada wpisu do rejestru BDO jako zbierający zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (wpis ten został bowiem uzyskany dopiero po złożeniu odwołania) uwzględniła wskazane odwołanie w całości, unieważniła wybór oferty PW O. jako najkorzystniejszej oraz odrzuciła ofertę wskazanego tu wykonawcy. Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3305/22 zostało zaś umorzone, bowiem PW O. nie mógł wnieść, wobec nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Gmina Wilczyce, uwzględniając odwołanie w całości, zgodziła się, jak należy założyć, z zasadnością obu podniesionych w tym odwołaniu zarzutów.

Z przebiegu wskazanego postępowania jednoznacznie wynika, że PW O. wprowadził Gminę Wilczyce w błąd odnośnie do posiadania przez siebie wpisu do rejestru BDO w wymaganym zakresie (oświadczył bowiem, że taki wpis posiada, gdy tymczasem go nie posiadał), a tym samym odnośnie do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego, bowiem gdyby nie odwołanie Odwołującego, dzięki temu oświadczeniu PW O. mógłby uzyskać wskazane zamówienie, mimo nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawcy PW O. należy przypisać co najmniej działanie w tamtej sprawie w sposób niedbały, czy wręcz lekkomyślny. Obowiązkiem PW O. było zweryfikowanie, czy spełnia

warunki udziału w postępowaniu przed złożeniem Gminie Wilczyce oświadczenia, czego wykonawca albo nie uczynił, albo mimo wiedzy, że brak jest po jego stronie wymaganego wpisu do rejestru BDO, złożył oświadczenie licząc, że okoliczność ta nie będzie przez zamawiającego sprawdzana. PW O. był więc w takiej sytuacji, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił innemu zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak wymaga tego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, że Gmina Wilczyce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych położonych na terenie Gminy Wilczyce” nie przewidziała fakultatywnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a co za tym idzie nie mogła na podstawie tego przepisu formalnie wykluczyć PW O. z postępowania.

Dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w kolejnym postępowaniu nie ma bowiem znaczenia to, czy wykonawca we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został wykluczony na podstawie tego przepisu z postępowania (lub co więcej od tego, że okoliczność ta została stwierdzona przez Zamawiającego, Izbę czy Sąd), ale to, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę w okolicznościach wymienionych w tym przepisie. Przyjęcie, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp ma zastosowanie wyłącznie w tych przypadkach, gdy dany wykonawca w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został wykluczony na podstawie wskazanego przepisu, czyniłoby regulację art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w wielu przypadkach bezprzedmiotową. W tych postępowaniach, w których zamawiający nie przewidział wskazanej tu fakultatywnej podstawy do wykluczenia z postępowania, wykonawcy mogliby w zasadzie bezkarnie wprowadzać zamawiających w błąd, skoro nie tylko w tym postępowaniu, ale i w kolejnych nie można by „rozliczyć” ich z podawania takich nierzetelnych informacji.

Za wyrokiem Izby z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 449/22, przypomnieć tymczasem należy, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę” czy „pełniejsze wyjaśnienie” swojego

działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, wprowadzając do postępowania

fakultatywną przesłankę do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, chciał weryfikować rzetelność wykonawcy także w aspekcie tego, czy wykonawcy nie wprowadzili Zamawiającego (w tym lub w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) w błąd, podając nierzetelne, niezgodne ze stanem rzeczywistym informacje. Trudno przyjąć, by PW O. cechował się taką właśnie rzetelnością, skoro wprowadził Gminę Wilczyce w błąd odnośnie tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a obecnie miał być w zasadzie „bezkarny” z tego tylko względu, że Gmina Wilczyce nie mogła go wykluczyć z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Takie podejście wypaczałoby sens omawianej instytucji, dopuszczając do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który nie jest wykonawcą rzetelnym.

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że PW O. w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu winien był oświadczyć, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego – Gminę Wilczyce w postępowaniu pod nazwą: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych położonych na terenie Gminy Wilczyce” i jeśli zależało mu na wykazaniu swojej rzetelności, powinien wykazać, że przeprowadził po tym zdarzeniu procedurę selfcleaningu.

Zatajając informację o sytuacji, jaka miała miejsce w toku ww. postępowania prowadzonego przez Gminę Wilczyce wprowadził Zamawiającego w błąd co do sytuacji faktycznej, w jakiej się znajduje i pozbawił go możliwości oceny swojej rzetelności. Przyjąć więc należy, że zaszyły w niniejszej sprawie podstawy do wykluczenia wskazanego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj.:

- 1) PW O. niezgodnie ze stanem faktycznym zapewnił Zamawiającego, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, mimo iż powinien był przyznać się do wprowadzenia Gminy Wilczyce w błąd i przedstawić ewentualnie selfcleaning, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i de facto wpływ taki miało, skoro oferta PW O. nie została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp,
- 2) PW O. działał w niniejszej sprawie co najmniej lekkomyślnie lub niedbale, bowiem dochowując wymaganej od wykonawcy staranności winien był poinformować Zamawiającego o sytuacji, jaka miała miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce. Wykonawca, jako profesjonalista, winien był zdawać bowiem sobie sprawę z faktu, że jego oświadczenie złożone Gminie Wilczyce odnośnie do spełnienia warunków udziału w postępowaniu było niezgodne ze stanem rzeczywistym i jako takie wprowadzające Gminę w błąd. Wprowadzenie Gminy Wilczyce w błąd miało miejsce zaledwie kilkanaście tygodni wcześniej, wykonawca doskonale zdawał sobie sprawę z zarzutów stawianych mu przez

Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3305/22 i nie podjął choćby najmniejszej próby obrony przed nimi. Wiedział też o uwzględnieniu odwołania wniesionego w tej sprawie przez Gminę Wilczyce, a więc i o tym, że Gmina Wilczyce zgadza się z argumentacją podniesioną w odwołaniu. W tej sytuacji nic nie usprawiedliwia wykonawcy – nawet bowiem jeśli PW O. miał wątpliwości odnośnie tego, jak oceniona zostanie przez Zamawiającego sytuacja mająca miejsce w innym postępowaniu, należała staranność, rzetelność i uczciwość wymagała od niego by co najmniej poinformować Zamawiającego o zaistniałej sytuacji tak, by dać mu możliwość dokonania tej oceny. Przemilczając tą informację, wykonawca pozbawił Zamawiającego możliwości oceny jego rzetelności w aspekcie, do którego odnosi się art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, że w zaistniałej sytuacji PW O. nie może już skorzystać z możliwości, jaką daje art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wykazać, że po zdarzeniu, jakie miało miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce czy po złożeniu oświadczenia na potrzeby niniejszego postępowania przeprowadził procedurę tzw. selfcleaningu. Możliwość wynikająca z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zastrzeżona jest dla wykonawcy, który dobrowolnie, przed stwierdzeniem, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, podejmuje działania naprawcze, nie zaś dla wykonawcy, który – tak, jak w niniejszej sprawie – dopiero po wykazaniu jego niezgodnego z przepisami ustawy działania, chciałby podjąć działania naprawcze.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 marca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów o niespełnianiu przez Wykonawcę Remondis Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu Zamawiający podniósł, iż zapisy SWZ wskazują, iż na dzień składania ofert wykonawcy winni jedynie wstępnie potwierdzić, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Tak też odbyło się w stosunku do Remondis Sp. z o.o. Niemniej jednak pismem z dnia 13.02.2023 r. Zamawiający wezwał Remondis Sp. z o.o. do przedstawienia stosownego wpisu do rejestru działalności regulowanej, co też zostało przez Wykonawcę spełnione w dniu 14.02.2023 r. W tym miejscu podnieść należy, iż podmiotowe środki dowodowe składane na wezwanie Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, mają być aktualne na dzień ich złożenia a nie na dzień składania ofert. Traktuje o tym jednoznacznie treść przepisu art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu składania ofert wykonawca składa oświadczenie, zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi ono wstępną deklarację wykonawcy, że składając ofertę nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Weryfikacja tej deklaracji następuje w dalszym etapie postępowania — czyli po zbadaniu ofert, ustaleniu,

która jest najwyżej oceniona i wezwaniu wykonawcy z ofertą najkorzystniejszą do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, co do których wykonawca złożył wstępną deklarację. Oświadczenie wstępne i złożone na wezwanie podmiotowe środki dowodowe stanowią spójną całość i świadczą o tym, że na dzień składania ofert wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegał wykluczeniu z postępowania, a w odpowiedzi na wezwanie wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające ten stan rzeczy. Uzasadniał, iż żaden przepis o charakterze powszechnym nie nakazuje zamawiającemu ani nie uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych datowanych na dzień złożenia oferty. Na poparcie powyższego należy przytoczyć szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11.01.2022 r., sygn. akt KIO 3753/21). Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Dokument „aktualny” oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, z treści którego będzie wynikało, że na dzień, w którym zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca spełnia wymagany warunek (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21.01.2022 r., sygn. akt KIO 3761/21).

Za wiarygodne należy uznać wyjaśnienie Zamawiającego, że jego organ już w dacie otwarcia ofert pozytywnie ocenił o wpis do rejestru złożony przez obecnego przystępującego. Wprawdzie formalny wpis do rejestru nastąpił po kilku dniach, nie ma jednak podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej że wpis stanowi jedynie potwierdzenie wymaganych okoliczności, a nie jest decyzją administracyjną nadającą określone prawa (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22.10.2021 r., sygn. akt KIO 2952/21). Stąd też, podnoszone przez Odwołującego się naruszenie przez Zamawiającego postanowień art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, nie znajduje umocowania tak pod względem faktycznym i prawnym.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego postanowień art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, iż biorąc pod uwagę wcześniejsze rozważania nad zarzutem niespełniania przez Remondis z o.o. warunków udziału w postępowaniu z uwagi na brak wpisu do stosownego rejestru działalności regulowanej, wykazane zostało przez Zamawiającego, iż zarzut ten był chybiony, co zostało przez Zamawiającego wykazane.

Dlatego też chybionym w związku z powyższym jest również zarzut o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co do nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a odnoszących się do posiadania wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, co Zamawiającemu w związku z powyższym nie dawało podstaw do wykluczenia Remondis Sp. z o.o. z postępowania.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego postanowień art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp podniósł, iż ustawa wprost dopuszcza powierzenie wykonania części zamówienia innemu podmiotowi, ale na zasadzie podwykonawstwa. Takie powierzenie nie prowadzi do zmiany podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia wobec zamawiającego - nie dochodzi do zmiany strony umowy. Zgodnie z art. 474 KC za działania lub zaniechania podwykonawcy wobec zamawiającego, to wykonawca ponosi odpowiedzialność jak za działania lub zaniechania własne. Powierzenie podwykonawcy realizacji części zamówienia nie stoi zatem w sprzeczności z zasadą, o której mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Użycie zaś przez Remondis Sp. z o.o. w ofercie sformułowania o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom, z opisem jakiej części zamówienia dotyczy, w ocenie Zamawiającego jest to zapis o charakterze ogólnym, który nie wskazuje, iż podwykonawcom zostanie powierzona realizacja zamówienia w całości, a jedynie jakaś określona ich część, którą w pozostałej części będzie sam wykonywał. Powołał się na wyrok KIO z dnia 19.06.2018 r., sygn. akt KIO 1107/18. Ta okoliczność oczywiście nie wskazuje, że z takim stanem faktycznym mamy do czynienia w przypadku Zamawiającego, ale taka ewentualność istniała, co prawda w oparciu o stan prawny ustawy Pzp z 2004 r., ale z możliwością zastosowania do Pzp z 2019 r.

W przypadku zaś zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty PW O., wskazane zostało przez Odwołującego się naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę ww. zarzut podnieść należy, iż zarówno w części I zamówienia jak i części II zamówienia oferty PW O. nie uzyskały najwyższej łącznej liczby punktów. Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp określa przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawców z postępowania. Wskazując fakultatywne przesłanki wykluczenia, zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie. Niemniej jednak biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Zamawiającego nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty PW O., gdzie jak wspomniano wyżej oferty tego wykonawcy nie otrzymały najwyższej łącznej liczby punktów, zaś jeżeli nawet wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, nie miały one istotnego wpływu

na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2023 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim [dalej „Przystępujący” lub „Remondis”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 2 marca 2023 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, oferty wykonawców wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 marca 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. korespondencję elektroniczną dotyczącą przeprowadzonej akcji ekologicznej „EKO WYZWANIE”;
2. wyciąg z SIWZ dotyczący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Gminę Baranów Sandomierski w 2020 r.;
3. oświadczenie Gminy Wilczyce z dnia 23 grudnia 2022 r. o uwzględnieniu zarzutów odwołania w sprawie KIO 3305/22;
4. odwołanie SanTa-EKO Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 3305/22;
5. oświadczenie PW O. (załącznik nr 3 do SWZ) złożone w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce;
6. wyciąg ze specyfikacji dotyczący postępowania prowadzonego przez Gminę Wilczyce w 2022 r.;
7. 3 wydruki z rejestru BDO dotyczące PW O..

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot niniejszego zamówienia podzielony został na dwie części.

Zgodnie z rozdz. IV pkt 4.1.1. SWZ dotyczącym części 1 zamówienia:

Przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli/użytkowników następujących

nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Baranów Sandomierski:

- a) na których zamieszkują mieszkańcy;
- b) na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady;
- c) na których znajdują się domki letniskowe, lub innych nieruchomości,

wykorzystywanych na cele rekreacyjno – wypoczynkowe;

- d) odbieranie i transport odpadów pochodzących ze zbiórek masowych (m.in. prace

interwencyjne, akcja „Sprzątanie świata”, sprzątanie Wisły itp.) - po wcześniejszym telefonicznym zgłoszeniu i wskazaniu miejsca zbiórki (około 6 akcji w ciągu roku);

- e) odbieranie i transport odpadów powstałych podczas dwóch imprez masowych

w roku na terenie Gminy – po wcześniejszym telefonicznym zgłoszeniu przez organizatora imprezy.

- 2) wyposażenie właścicieli/użytkowników nieruchomości, o których mowa w pkt 1 ppkt a,

dla zabudowy jednorodzinnej w niezbędne pojemniki na odpady zmieszane i w tzw. „pakiet startowy” worków na „Papier”, „Szkło”, „Metale i tworzywa sztuczne” oraz „Bio” – stosownie do złożonych deklaracji, nie później niż do 1 marca 2023r.;

- 3) wyposażenie właścicieli/użytkowników nieruchomości, o których mowa w pkt 1 ppkt a,

dla zabudowy wielorodzinnej w niezbędne pojemniki na odpady zmieszane i segregowane – stosownie do złożonej deklaracji, nie później niż do 1 marca 2023r.;

- 4) wyposażenie właścicieli/użytkowników nieruchomości, o których mowa w pkt 1 ppkt b

i c, w pojemniki na odpady zmieszane oraz w tzw. „pakiet startowy” worków na „Papier”, „Szkło”, „Metale i tworzywa sztuczne” oraz „Bio” - zgodnie z otrzymanym wykazem, nie później niż do 1 marca 2023.;

- 5) odbiór i transport odpadów komunalnych zebranych w pojemnikach i/lub workach,

z podziałem na następujące frakcje:

- a) szkło;
- b) papier i tektura;
- c) tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe;
- d) odpady komunalne ulegające biodegradacji;
- e) odpady komunalne nie ulegające biodegradacji;
- f) odpady zmieszane.

Rodzaje odpadów objętych przedmiotem części 1 zamówienia uszczegółowione zostały w rozdz. IV pkt 4.1.9. ppkt 5 SWZ, w którym Zamawiający wskazał w tabeli odpady objęte przedmiotem zamówienia oraz szacunkowe ilości tych odpadów ustalone na podstawie danych z 2022 r .

Zgodnie z rozdz. IV pkt 4.2.1 SWZ, przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbieraniu z PSZOK w Skopaniu, ul. Mielecka 14 odpadów komunalnych, odebranych selektywnie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Baranów Sandomierski zgodnie z zapisami uchwały Nr XX/152/20 Rady Miejskiej w Baranowie Sandomierskim z dnia 05 marca 2020 roku zmieniająca uchwałę Nr XI/69/15 Rady Miejskiej w Baranowie Sandomierskim z dnia 29 lipca 2015 roku, zmienioną uchwałą Nr LII/427/18 Rady Miejskiej w Baranowie Sandomierskim z dnia 12 kwietnia 2018 roku w sprawie przyjęcia Regulaminu Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, zlokalizowanego w miejscowości Skopanie w Gminie Baranów Sandomierski oraz odbiór i transport zimnego popiołu, zgromadzonego selektywnie z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski.

Dla części 2 zamówienia Zamawiający zakres przedmiotu zamówienia wskazał w rozdz. IV pkt 4.2.2. SWZ jako odbiór i transport gromadzonych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w sposób selektywny następujących rodzajów odpadów o podanych kodach (...). Kody i rodzaje odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia zostały wskazane w Tabeli, a wśród nich wymieniono m. in. odpady o kodach: 13 01 10, 13 02 05, 13 02 08, 16 01 03, 16 02 16, 17 02 02, 17 03 80 oraz 17 06 04.

W rozdz. VIII pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdz. IX pkt 2 ppkt 2 SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące (...) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: warunek uznaje się za spełniony jeżeli Wykonawca przedstawi wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2022 poz. 1297 t.j.)

oraz aktualne zezwolenie właściwego organu na transport odpadów obejmujące odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia).

Zgodnie z rozdz. X SWZ, na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 274 ustawy Pzp Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów (podmiotowych środków dowodowych):

- 3) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2022 poz.1297),
- 4) aktualne zezwolenie właściwego organu na transport odpadów obejmujące odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia).

Termin składania ofert upływał 7 lutego 2023 r.

W zakresie części 1 i 2 zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Odwołujący, Remondis Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Mroślaw O..

Wykonawcy Remondis w pkt. 4 oferty dla części 1 oraz w pkt 4. dla części 2 zamówienia wskazał: Następującą część zamówienia powierzmy podwykonawcom (jeżeli dotyczy): Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski oraz z PSZOK w Skopaniu i zimnego popiołu z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski

Pismami z dnia 8 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Remondis w zakresie części 1 i 2 zamówienia do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: 3) wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2022 poz. 1297); 4) aktualnego zezwolenia właściwego organu na transport odpadów obejmującego odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia).

W dniu 9 lutego 2023 r. wykonawca Remondis w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył m.in. pismo Urzędu Miasta i Gminy w Baranowie Sandomierskim z dnia 5 listopada 2012 r. o treści: „w nawiązaniu do wniosku z dnia 22.10.2012 r., data wpływu 31.10.2012 r. o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski informuje, że firma REMONDIS Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim ul. Gulińskiego 13 A, 27 – 400 Ostrowiec Świętokrzyski, został wpisany w rejestrze pod nr RIG.V.620.2/4.2012”.

W dniu 13 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Remondis w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów w części 1 zamówienia. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że przedstawione dokumenty, tj. 1) potwierdzenie wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, nie

potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie obejmuje następujących kodów: 16 01 03, 17 04 05, 17 09 04, 2) nie dostarczono aktualnego zezwolenia właściwego organu na transport odpadów komunalnych obejmującego odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia).

W dniu 13 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Remondis w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów w części 2 zamówienia. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że przedstawione dokumenty, tj. 1) potwierdzenie wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. nie obejmuje następujących kodów: 13 01 10, 13 02 05, 13 02 08, 16 01 03, 16 02 16, 17 02 02, 17 03 80, 17 06 04, 2) nie dostarczono aktualnego zezwolenia właściwego organu na transport odpadów komunalnych obejmującego odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia).

W odpowiedzi na ww. wezwanie Remondis przedstawił m.in. zaświadczenie z dnia 14 lutego 2023 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości poprzez rozszerzenie zakresu działalności Remondis na wskazane powyżej kody. Z treści zaświadczenia wynika, że wniosek o rozszerzenie zakresu działalności regulowanej Remondis złożył 14 lutego 2023 r.

W dniu 21 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Remondis w części 1 i 2 zamówienia. Na drugim miejscu w rankingu ofert w części 1 znalazła się oferta Odwołującego. Z kolei w części 2 zamówienia oferta Odwołującego uplasowała się na miejscu 3, za ofertą Remondis i PW O..

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis w części 1 i 2 zamówienia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ponadto zgodnie z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp, przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między

dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. W świetle art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Wskazać należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski oraz z PSZOK w Skopaniu i zimnego popiołu z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski. Poza sporem było, że Zamawiający dla części 1 i 2 zamówienia wymagał podania przez wykonawców w ofercie części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom. Wykonawca Remondis w pkt. 4 oferty dla części 1 oraz w pkt 4. dla części 2 oświadczył, że powierzy podwykonawcom następującą część zamówienia: Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski oraz z PSZOK w Skopaniu i zimnego popiołu z wyznaczonych miejsc na terenie Miasta i Gminy Baranów Sandomierski. Z powyższego wynika zatem, że zakres planowanego przez Remondis podwykonawstwa pokrywa się z przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego. Treść oświadczenia Remondis w sposób jednoznaczny wskazuje, iż Wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom całe zamówienie publiczne, co jest niezgodne z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym miejscu podnieść należy, iż literalna wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy. Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 11/21 (wydanym na skutek skargi wniesionej na wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 2971/20, KIO 2976), zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, który stwierdził, że „Podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą

udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.”

Powyższej interpretacji w ocenie Izby nie przeczy treść art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi że zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Określone tym przepisem uprawnienie zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, nie koliduje z treścią art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający, ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Stwierdzić należy, iż złożone przez wykonawcę w ofercie oświadczenie woli co do zakresu podwykonawstwa wymaga oceny w określonych okolicznościach, w tym w kontekście ewentualnego naruszenia art. 462 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a przewidziane art. 462 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego nie oznacza, iż treść oferty dotycząca zakresu podwykonawstwa jest pomijalna.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż Zamawiający w niniejszej sprawie winien wystąpić do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący argumentował, że gdyby Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień treści oferty w zakresie dotyczącym zakresu podwykonawstwa, to dowiedziałby się, że Wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcom maksymalnie 40% zamówienia.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy czynność taka byłaby nieuprawniona. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Podnieść należy, iż powyższa instytucja umożliwia zamawiającemu wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, przy czym skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć jej uzupełnieniu czy zmianie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w okolicznościach sprawy. Jednocześnie zauważyć należy, iż w art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jest mowa o powierzeniu podwykonawcom części zamówienia. Powyższe oznacza, że wykonawca – gdy wymaga tego zamawiający – winien dołożyć należytej staranności i jednoznacznie wskazać w ofercie przedmiot części zamówienia, która zostanie powierzona do realizacji podwykonawcy. Nie jest tym samym

prawidłowe procentowe określenie udziału podwykonawcy w wykonaniu zamówienia publicznego.

Podsumowując, w okolicznościach zawisłego sporu, treść ofert wykonawcy Remondis złożonych w części 1 i 2 jednoznacznie wskazuje, że całość prac objętych niniejszym zamówieniem zostanie powierzona do realizacji podwykonawcom, co należy postrzegać jako obejście przepisów ustawy Pzp dopuszczających możliwość zlecenia podwykonawcom części zamówienia oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w konsekwencji nakazała Zamawiającemu odrzucenie ofert Remondis w części 1 i 2 zamówienia.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis w części 1 i 2 zamówienia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, iż konstrukcja warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej prowadzi do wniosku, że wpisy do obu rejestrów (RDR oraz BDO) należało mieć „w

zakresie objętym przedmiotem zamówienia", a więc dla wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W opinii Odwołującego wykonawca Remondis, który na dzień składania ofert nie posiadał wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla części 1 i 2 zamówienia, podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia ww. warunku.

Poza sporem między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż Remondis na moment składania ofert dysponował wpisem do rejestru działalności

regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski pod nr RIG.V.620.2/4.2012.

Zdaniem Izby kompleksowa analiza warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz żądanego na jego potwierdzenie katalogu dokumentów określonego w rozdziale X pkt 3 i 4 SWZ wskazuje na brak korelacji między ww. postanowieniami specyfikacji. Na podstawie powyższych postanowień SWZ nie sposób jednoznacznie przesądzić, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy na etapie składania ofert dysponowali wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Stosownie bowiem do punktu 3 i 4 rozdziału X SWZ, na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 274 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany był do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: 3) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2022 poz. 1297) oraz 4) aktualne zezwolenie właściwego organu na transport odpadów obejmujące odpady (w zakresie objętym przedmiotem zamówienia). Tym samym adnotacja ujęta w nawiasie została zamieszczona wyłącznie przy zezwoleniu właściwego organu na transport odpadów, którego posiadanie przez Remondis nie jest kwestionowane przez Odwołującego. Powyższe postanowienia SWZ zostały przywołane przez Zamawiającego w skierowanym do Przystępującego wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby podnieść należy, iż jeżeli intencją Zamawiającego było, aby wykonawca na moment składania ofert posiadał wpis do rejestru obejmujący wszystkie kody odpadów, jakie będą odbierane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, to powinien dać temu jednoznaczny wyraz w treści specyfikacji. Nie budzi wątpliwości, iż wykładnia rozszerzająca postanowień specyfikacji warunków zamówienia w toku postępowania jest niedopuszczalna, a wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niejasnych postanowień SWZ.

Dalej wskazać należy, iż co do zasady zgodzić należy się z Odwołującym, że postanowienia SWZ odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu nie mogą być odczytywane w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący pomija jednak, że warunki udziału w postępowaniu mają być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne a nie tożsame czy identyczne z opisem przedmiotu zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wrażliwie je jako minimalne poziomy zdolności, co wymaga uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu czy ilości. Celem warunków określanych przez zamawiającego jest zapewnienie,

aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. Tym samym zadaniem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu, które będą z jednej strony związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne, a z drugiej strony umożliwią zamawiającemu weryfikację rzetelności wykonawcy. Wskazać przy tym należy, iż etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności, należy odróżnić od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia.

Oceny Izby nie zmieniła czynność Zamawiającego z dnia 13 lutego 2023 r. polegająca na wezwaniu wykonawcy Remondis do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego dotyczącego wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem części 1 i 2 zamówienia, bowiem jak już wskazano powyżej postanowienia SWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż skoro w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zamieścił w katalogu dokumentów wymaganych na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 SWZ, wymogu dotyczącego dysponowania wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych w zakresie wszystkich podanych w SWZ kodów odpadów, to wykonawca Remondis nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty wpisem do rejestru obejmującym wszystkie rodzaje odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia.

Za irrelevantny dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba uznała zaprezentowany przez Zamawiającego błędny sposób rozumienia aktualności podmiotowych środków dowodowych i momentu, na który wykonawca winien spełniać postawione w specyfikacji warunki udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Podnoszonej przez Zamawiającego „aktualności” dokumentu nie można mylić z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia. Za wyrokiem Izby z dnia 13 marca 2020 r. sygn. akt: KIO 430/20, który zachowuje aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wskazać należy, że: „Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak,

warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na

potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje.”

Izba pominęła złożone przez Odwołującego wnioski dowodowe nr 1 i 2 wskazane na str. 14 powyżej, bowiem nie miały one znaczenia dla rozpoznania istoty sporu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w szczególności nieprecyzyjny charakter postanowień SWZ oraz posiadany przez Remondis na dzień składania ofert wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta i Gminy Baranów Sandomierski, brak było podstaw do uznania, że Przystępujący w części 1 i 2 zamówienia nie wykazał warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 2 specyfikacji. Wobec powyższego tym bardziej nie było podstaw do wykluczenia Remondis z części 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Tym samym podniesione przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp podlegały oddaleniu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PW O. w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, że wykonawca PW O. podlegał wykluczeniu z postępowania, bowiem jego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania było prowadzące w błąd z uwagi na okoliczność, iż PW O. był uprzednio w takiej sytuacji, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił innemu zamawiającemu (Gminie Wilczyce) informacje wprowadzające go w błąd w zakresie

posiadania wpisu do rejestru BDO jako zbierający zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do postawionego zarzutu wymaga podkreślenia, iż celem odwołania jest poddanie kontroli decyzji zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że dla oceny zachowania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu należałoby w istocie rozstrzygnąć o okolicznościach, które miały miejsce w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez innego zamawiającego (Gminę Wilczyce), w którym obecny Odwołujący oraz wykonawca PW O. brali udział.

Zauważyć należy, iż jakkolwiek w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Gminę Wilczyce obecny Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby, w którym sformułował m.in. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2022 r. poz. 1233) [dalej „uznk”] przez zaniechanie odrzucenia oferty PW O. z uwagi na okoliczność, że wykonawca naruszył dobre obyczaje, zagrażając interesom zamawiającego i innych wykonawców oraz w celu przysporzenia sobie korzyści, wprowadzając w błąd co do posiadania stosownego wpisu do rejestru BDO, to złożone przez Odwołującego wnioski dowodowe wskazane w punkcie 3 – 7 str. 14 i 15 powyżej dotyczące ww. sprawy nie potwierdzają, że oferta PW O. została ostatecznie odrzucona na wskazanej podstawie prawnej. Powyższego - wbrew przyjętemu przez Odwołującego założeniu - nie przesądza oświadczenie Gminy Wilczyce o uwzględnieniu zarzutów odwołania wniesionego przez obecnego Odwołującego. Nie sposób bowiem wykluczyć, iż działanie zamawiającego (Gminy Wilczyce) sprowadzało się do odrzucenia oferty PW O. jedynie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień. Odwołujący jako podmiot bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem zamówienia od Gminy Wilczyce zapewne śledził dalszy przebieg tego postępowania, zwłaszcza po wydaniu przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 3305/22), niemniej jednak nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że oferta PW O. została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Podsumowując, nie zostało przez Odwołującego wykazane, że w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce względem oferty wykonawcy PW O. podjęto decyzję o odrzuceniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, a zadaniem Izby nie jest ocena zdarzeń, które miały miejsce w innym postępowaniu.

Ponadto przyjęcie poglądu, iż Zamawiający na etapie toczącego się obecnie postępowania jest uprawniony do badania zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu skutkowałoby brakiem pewności i przejrzystości prawa, bowiem każdy zamawiający przez okres 1 roku miałby prawo badać prawidłowość czynności innych

zamawiających podjętych w innych postępowaniach wobec danego wykonawcy. Wskazać należy, iż w świetle art. 111 pkt 6 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powyższa przesłanka aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w historycznym postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wilczyce z uwagi na brak przewidzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Jednocześnie brak jest analogicznej regulacji prawnej w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, iż wobec braku wykazania, że w historycznym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Gminę Wilczyce oferta wykonawcy PW O. została odrzucona z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji, wprowadzenie w błąd co do braku podstaw wykluczenia z przedmiotowego postępowania, które zarzucił Odwołujący nie było wynikiem oświadczeń złożonych w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu i nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty PW O. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzut ten doprowadził bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Remondis w części 1 i 2 zamówienia.

Przewodniczący: