

WYROK
z dnia 28 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 listopada 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 listopada 2024 roku** przez wykonawcę **REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Warszawie Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Starachowice z siedzibą w Starachowicach**

przy udziale **Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (Lider) (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (Partner)**, zgłaszających przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim**

w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika a także kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwustu trzydziestu złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od **Odwołującego - REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim** na rzecz **Zamawiającego – Gminy Starachowice z siedzibą w Starachowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

KIO 4150/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Starachowice z siedzibą w Starachowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych

z terenu Gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lipca 2024 r.,

nr ogłoszenia: 427849-2024.

Dnia 7 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca **REMONDIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Fart sp. z o.o., zwanych dalej jako „Fart Bis”, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wiedzy

i doświadczenia, w szczególności wobec faktu, że podmiot na zasoby którego Fart Bis się powołał, aby wykazać spełnienie tego warunku, nie odebrał w okresie 12 miesięcy odpadów

o wymaganej przez Zamawiającego łącznej masie minimum 12.000 ton, co powinno być uznane przez Zamawiającego za niespełnienie warunku udziału, o którym mowa w rozdz. 6 pkt II.1.lit.a) SWZ, a w konsekwencji prowadzić do odrzucenia oferty Fart Bis, bowiem wykonawca już raz zastępował podmiot udostępniający zasoby innym podmiotem, który także nie spełniał ww. warunku, co oznacza, że wykonawca wyczerpał już możliwość korygowania

i uzupełniania dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 119 Pzp w zw.

z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że wykonawca Fart Bis wykazał spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy i zaniechanie odrzucenia jego oferty jako złożonej przez podmiot niespełniający warunków udziału w sytuacji, gdy zobowiązanie do oddania zasobów, jakie złożył Pan A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.B. CZYSTOPOL (dalej jako „Czystopol”) nie potwierdza rzeczywistego dostępu po stronie Fart Bis do zasobów Czystopolu, a w szczególności nie potwierdza, że Czystopol wykona usługi, do realizacji których zdolności były wymagane, co powinno być poczytywane jako pozorne udostępnienie zasobów przez Czystopol, a w konsekwencji także jako niewykazanie spełnienia warunków udziału, co z kolei skutkować powinno odrzuceniem oferty Fart-Bis. Nadto zobowiązanie zostało udzielone nie całemu konsorcjum Fart Bis, a wyłącznie jednemu z wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o.; względnie (w przypadku uznania zarzutu z pkt 2 za niezasadny lub przedwczesny)

3.art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart Bis do wyjaśnienia treści i zakresu zobowiązania do udostępnienia przez Czystopol zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, celem zweryfikowania rzeczywistego dostępu Fart Bis do zasobów Czystopolu, w tym potwierdzenia, że Czystopol wykona usługi, do realizacji których zdolności były wymagane, w szczególności w świetle deklaracji Czystopolu, że zamierza on odebrać „określony zakres” odpadów, co jest pojęciem niedookreślonym i może wskazywać na pozorność deklaracji wykonawcy, zwłaszcza że Czystopol posiada bazę magazynowo- transportową oddaloną w odległości dalszej niż 60 km od gminy Starachowice, nadto baza ta nie spełnia wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a nadto Czystopol nie posiada wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Starachowic w zakresie odbioru odpadów komunalnych, co uniemożliwia Czystopol realizację zamówienia w zakresie wskazanym w zobowiązaniu, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do faktycznego zamiaru i możliwości świadczenia usługi do realizacji, których zdolności były wymagane;

4.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart Bis do poprawienia Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz

z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami w zakresie dotyczącym następujących pojazdów: Mercedes WGM 3126A, Renault DB 4003J, Renault WZ 583AK, DAF TKN 19203, przy których znajduje się adnotacja „PG Końskie”, które nie stanowią zasobu własnego Fart Bis, tylko zasób podmiotu trzeciego, co do którego nie zostało złożone stosowne zobowiązanie do oddania zasobów, co z kolei wskazuje na to, że Fart Bis nie wykazał spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdz. 6 pkt II.1.lit.b) SWZ;

5.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart Bis do poprawienia formularzy JEDZ każdego z członków konsorcjum Fart Bis w zakresie podmiotu, któremu zamierza powierzyć podwykonawstwo usług wraz ze wskazaniem zakresu tego powierzenia,

6.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart Bis do poprawienia oświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczących przesłanek wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (załącznik nr 12 do SWZ) każdego z członków konsorcjum Fart Bis w zakresie podmiotu, któremu zamierza powierzyć podwykonawstwo w zakresie większym niż 10% wartości zamówienia;

7.art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki, jaka wystąpiła w treści formularza ofertowego Odwołującego, polegającej na omyłkowym nieprzekopiowaniu fragmentu tekstu do formularza ofertowego, w części dotyczącej deklaracji spełnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert, w miejsce którego Odwołujący posłużył się słowem „TAK”, dając tym samym wyraz gotowości w świadczeniu usługi na premiowanych przez Zamawiającego warunkach, co umożliwiałoby Zamawiającemu odtworzenie rzeczywistej woli i intencji Odwołującego przy składaniu oferty, a tym samym poprawie omyłki.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego:

a. odrzucenie oferty Fart- Bis na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału,

b. dokonanie poprawy, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, omyłki, jaka zaistniała

w ofercie Odwołującego w ten sposób, że w formularzu ofertowym:

- dla kryterium częstotliwości: zamiast „TAK” Zamawiający wpisze: „*Utrzymanie przez cały okres trwania umowy częstotliwości odbierania odpadów wg obowiązujących w 2024 r. harmonogramów odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości – stanowiących załącznik do SWZ, z uwzględnieniem wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz.U. z 2021 r., poz. 906)*”;

- dla kryterium koszty do zbierania odpadów: zamiast „TAK” Zamawiający wpisze: „*Dostarczanie przez cały okres trwania umowy koszty przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO”, ewentualnie*

c. wezwanie Fart Bis do wyjaśnień treści i zakresu zobowiązania do udostępnienia przez Czystopol zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, celem potwierdzenia rzeczywistego dostępu Fart Bis do zasobów Czystopolu, w tym potwierdzenia, że Czystopol wykona usługi, do realizacji których zdolności były wymagane, w szczególności w świetle deklaracji Czystopolu, że zamierza on odebrać „określony” zakres odpadów i faktycznych możliwości świadczenia usługi odbioru odpadów na terenie gminy Starachowice,

d. wezwanie Fart Bis do poprawienia treści Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz

z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami poprzez zastąpienie następujących pojazdów: Mercedes WGM 3126A, Renault DB 4003J, Renault WZ 583AK, DAF TKN 19203 innymi pojazdami, którymi wykonawca dysponuje po to aby wykazać spełnienie warunku udziału w zakresie dotyczącym pojazdów,

e. wezwanie Fart Bis do złożenia aktualnych formularzy JEDZ ze wskazaniem podwykonawcy, któremu faktycznie zamierzają powierzyć podwykonawstwo,

f. wezwanie Fart Bis do złożenia aktualnych oświadczeń objętych załącznikiem nr 12 do SWZ, w zakresie podmiotu, któremu zamierza powierzyć podwykonawstwo w zakresie większym niż 10% wartości zamówienia.

W dniu 28 października 2024 r. Zamawiający poinformował, że uznał ofertę Fart Bis za najkorzystniejszą. Zatem odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu, Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta Remondis została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu ofert, za ofertą Fart Bis. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki Odwołujący osiągnąłby realizując przedmiotowe zamówienie.

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W rozdz. 6 SWZ Zamawiający określił, jakie warunki muszą spełniać wykonawcy, chcąc skutecznie ubiegać się o realizację zamówienia. Zgodnie z postanowieniami pkt II.1.lit.a) „wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000. Mg.”

Celem wykazania spełnienia warunku udziału wykonawca Fart Bis powołał się na zasób podmiotu trzeciego. Z tego względu do oferty zostało załączone zobowiązanie spółki Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o.

W toku badania dokumentów podmiotowych Fart Bis Zamawiający zakwestionował jednak spełnienie warunku przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich

sp. z o.o. i pismem z dnia 18 października 2024 r. wezwał Fart Bis do: „zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznych (wiedza i doświadczenia)

tj.: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o., innym podmiotem lub do samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż zdolności technicznej wskazanego podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Fart Bis oświadczył, że zastępuje pierwotnie wskazany podmiot innym podmiotem, tj. Czystopol. W związku z tym Fart Bis przedłożył Zamawiającemu dokumenty dotyczące Czystopolu, w tym dowody potwierdzające należyte wykonanie usług przez Czystopol i zmieniony formularz „Doświadczenie zawodowe”.

Fart Bis powołał się na doświadczenie zawodowe zdobyte przez Czystopol przy realizacji zamówienia pod nazwą: „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica oraz odbiór i zagospodarowania odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Brzezinach w okresie od 1.07.2021 r. do 30.06.2024 r.” Zgodnie z oświadczeniem Fart Bis: „usługa była wykonywana w sposób ciągły przez okres 36 miesięcy, w wyniku której wykonawca odebrał odpady o łącznej masie 12 552,45 Mg”.

Zamawiający wymagał i zamierzał badać doświadczenie wykonawcy zdobyte w okresie 12 miesięcy, co zostało wyraźnie wskazane w treści formularza „Doświadczenie zawodowe”, jak i w samym warunku udziału. Referencyjna usługa Czystopolu była wykonywana przez okres 36 miesięcy, przy czym rozpoczęła się 1 lipca 2021 r. i zakończyła się 30 czerwca 2024 r. Odwołujący zwrócił uwagę na treść referencji, jaka potwierdza wykonanie usługi przez Czystopol. Z dokumentu wynika, że Czystopol odebrał 12.552,45 ton odpadów w całym okresie realizacji referencyjnej usługi, czyli od 1 lipca 2021 r. do 30 czerwca 2024 r. Czystopol nie odebrał 12.000 ton odpadów w ciągu 12 miesięcy.

Odwołujący stoi na stanowisku, mając na uwadze literalne brzmienie warunku, ale także dokonując jego wykładni celowościowej i zasadę proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, należy uznać, że Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w odbiorze co najmniej 12.000 odpadów w okresie 12 miesięcy. Jest to o tyle zasadne, że mniej więcej taką ilość odpadów odbierać będzie rocznie wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia.

Celem warunku udziału w postępowaniu jest zbadanie, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy, to nie sposób nie dostrzec różnicy w doświadczeniu wykonawcy, który co prawda odebrał 12.000 ton odpadów, ale w okresie 36 miesięcy, a nie 12 miesięcy. Dokonując prostego, proporcjonalnego dzielenia odebranej przez Czystopol ilości odpadów w okresie 36 miesięcy świadczenia usługi (12.552,45 ton/ 36 miesięcy), średnia miesięczna ilość odbieranych odpadów przez Czystopol z Gminy Morawica wynosiła 348,68 ton. Jeżeli z kolei 12.000 podzielimy przez 12 miesięcy, to daje nam to już 1000 ton odpadów, które wykonawca musi odebrać miesięcznie, czyli 3 razy tyle. Ilość odbieranych odpadów ma przecież znaczenie dla logistyki zadania i zasobów, jakie musi zaangażować wykonawca, żeby zamówienie to zrealizować w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Z tego względu Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby uznać referencyjną usługę Czystopolu za potwierdzającą spełnienie warunków udziału.

Odwołujący podkreślił jak argumentował Fart-Bis wnosząc odwołanie na złagodzenie warunków udziału. Sam wykonawca Fart Bis podkreślał znaczenie odbioru określonej ilości ton odpadów w okresie 12 miesięcy. To właśnie po odwołaniu Fart Bis Zamawiający dokonał modyfikacji warunku rezygnując z tego, aby usługa referencyjna była realizowana na podstawie umowy trwającej 24 miesiące, a mogła być realizowana w ramach krótszej umowy, gdzie w wymaganym okresie 12 miesięcy wykonawca miał odebrać określoną ilość odpadów.

Złożona referencja takiego doświadczenia nie potwierdza, a tym samym wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Akceptacja takiej referencji przez Zamawiającego stanowi wypaczenie istoty warunku udziału.

Odwołujący podkreślił, że skoro już raz Zamawiający zakwestionował próbę wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy i nakazał zastąpić podmiot udostępniający zasób innym podmiotem lub wykazać samodzielne spełnienie warunku przez Fart Bis, to skoro Fart Bis powołał się na doświadczenie Czystopolu, które również nie potwierdza spełniania warunku udziału, to względem Fart Bis są spełnione przesłanki do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Pozorne udostępnienie zasobów (wspólne uzasadnienie dla zarzutu z pkt 2 i 3 petitum odwołania)

Wątpliwości Zamawiającego powinna także wzbudzić treść zobowiązania Czystopolu do oddania zasobów, jaką przedłożył Zamawiającemu Fart Bis.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. 6 pkt III.4 SWZ: „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

W ocenie Odwołującego zobowiązanie Czystopolu powyższych wymogów nie spełnia, w szczególności nie potwierdza rzeczywistego dostępu Fart Bis do zasobów Czystopolu, a przede wszystkim nie wskazuje, w jakim zakresie Czystopol zrealizuje usługę odbioru odpadów, której wskazane zdolności dotyczyły.

Czystopol zobowiązał się do oddania niezbędnych zasobów tj. swojej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wyłącznie jednemu konsorcjantowi, tj. spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart- Bis sp. z o.o. (a nie Konsorcjum „Fart Bis”, którzy tworzy wykonawcę).

Nadto, Czystopol oświadczył, że:

- udostępnia wiedzę i doświadczenie nabyte w związku z realizacją zamówienia pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Brzezinach w okresie od 1.07.2021 r. do 30.06.2024 r.”,
- zasoby będą wykorzystywane poprzez podwykonawstwo,
- z Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych Fart- Bis sp. z o.o. łączy go umowa,
- „zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: odbiór określonego zakresu odpadów, koordynacja przy tworzeniu harmonogramów odbioru odpadów, zagospodarowanie części odpadów, zapewnienie bazy magazynowo- transportowej, organizacja logistyki”*,
- jego udział przy wykonywaniu zamówienia będzie obejmował cały okres realizacji usługi.

Odwolujący dostrzega oczywiście deklarację Czystopolu zawartą w jego zobowiązaniu co do udziału w realizacji zamówienia, ale podważa jej wiarygodność, w szczególności w kontekście zakresu zasobów, których wymagał Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Warunek odnosił się do doświadczenia w odbiorze min. 12.000 ton odpadów, tymczasem Czystopol deklaruje, że zaangażuje się w realizację zamówienia poprzez koordynację przy tworzeniu harmonogramów, zapewnienie bazy magazynowo- transportowej, organizację logistyki, zagospodarowania części odpadów, czyli w zakresie aspektów, do których warunek w ogóle się nie odnosił. Tym samym deklaracja ta powinna być uznana przez Zamawiającego za irrelevantną z punktu widzenia spełnienia wymogów, o których mowa w art. 118 ust. 2 Pzp i oceny realności udostępnienia tych zasobów.

W zakresie kluczowym dla oceny, czy zasób został udostępniony realnie czy tylko formalnie (pozornie) Czystopol deklaruje, że „*odbierze określony zakres odpadów*”, ale nie wskazuje już, jaki jest to zakres, co uniemożliwia tak naprawdę ocenę, czy Czystopol wykona usługę, do realizacji której Zamawiający wymagał odpowiednich zdolności.

W przepisie art. 118 ust. 2 Pzp wskazuje, że ustawodawca specjalnie podstawiał dodatkowy wymóg, że: *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”*. W ocenie Odwołującego, skoro do spełnienia warunku udziału wymagane było doświadczenie w odbiorze odpadów, to wymóg z art. 118 ust. 2 Pzp zostanie spełniony wyłącznie wtedy, gdy podmiot udostępniający zasoby zadeklaruje wykonanie całej usługi odbioru odpadów, jaka ma być świadczona w ramach zamówienia, a co najmniej w takiej ilości, jaka wynikała z warunku udziału (tu: min. 12.000 ton odpadów). Takiej deklaracji Czystopol jednak nie czyni, co wskazuje na pozorność jego zobowiązania.

W opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych komentarzu do ustawy Pzp: *„Ograniczenie to dotyczy zwłaszcza, choć nie wyłącznie, zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, o ile przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane lub usługi. W myśl art. 118 ust. 2 Pzp wykonawca może powołać się na wymienione zdolności podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że w takich sytuacjach podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności*

o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobiega to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Wyklucza to możliwość prostego „zsumowania” doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu trzeciego. Powinno się uwzględniać tylko doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi. Możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim dysponuje zasobami podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy.” (zob. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz: Wydanie II).

Z oświadczenia złożonego przez Czystopol wynika wprost, że nie będzie zaangażowany w realizację zamówienia w takim zakresie, w jakim Fart Bis posiłkował się jego doświadczeniem w zakresie odbioru odpadów (tego zaś dotyczył

warunek udziału),

a zaangażowanie to nastąpi jedynie w pewnym zakresie. Co więcej, oświadczenie Czystopolu w tym zakresie jest na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób z niego odczytać, jak znaczący ma być ten zakres, co zdecydowanie wskazuje na to, że udostępnienie ma charakter jedynie formalny a nie faktyczny.

Skoro Fart Bis nie legitymuje się wymaganiem przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie odbioru odpadów, to chcąc skutecznie powołać się na doświadczenie innego podmiotu w zakresie odbioru odpadów, powinien zapewnić sobie zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia w pełnym zakresie, do którego niezbędne byłyby zasoby,

a nie jedynie w bliżej nieokreślonej części (która mogłaby być symboliczna), jak to uczynił, co stanowi obejście przepisów prawa, w szczególności art. 118 ust. 2 Pzp - tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3056/23.

Z tego właśnie powodu Odwołujący stoi na stanowisku, że Czystopol powinien być zobowiązany do wykonania tej części przedmiotowego zamówienia, która dotyczy usługi odbioru, bo do niej odnosił się warunek udziału.

Z drugiej strony zaangażowanie w świadczenie usługi odbioru odpadów przez Czystopol w ramach zamówienia jest o tyle wątpliwe, że:

a.Czystopol nie jest wpisany do Rejestru Działalności Regulowanej (RDR) prowadzonego przez Prezydenta Starachowic, a tymczasem zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości,

b.Czystopol nie mógłby nawet uzyskać wpisu do RDR, bowiem nie spełnia wymogów, o których mowa w § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.

w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości, bowiem nie posiada bazy magazynowo- transportowej usytuowanej w Starachowicach lub w odległości nie większej niż 60km od granic Starachowic – Czystopol ma bazę magazynowo - transportową zlokalizowaną w miejscowości Włoszczowa przy ul. Partyzantów 114, a więc w odległości większej niż 60 km od granic Starachowic (odległość ta wynosi ok. 93 km),

c.również baza magazynowo- transportowa położona we Włoszczowej nie spełnia wymogów w zakresie wyposażenia bazy magazynowo- transportowej wskazanych w § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, tj. nie spełnia:

§wymogu zabezpieczenia terenu w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym – brak ogrodzenia,

§wymogu zabezpieczenia miejsc przeznaczonych do parkowania pojazdów przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,

§wymogu wyposażenia terenu bazy magazynowo - transportowej w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy Prawo wodne,

§wymogu wyposażenia bazy magazynowo- transportowej w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowanej samochodowej wagi najazdowej (w przypadku, gdy na terenie bazy występuje magazynowanie),

co również budzi wątpliwości co do tego, w jaki sposób i po co Czystopol zamierzał udostępnić Fart- Bis swoją bazę, skoro nie spełnia ona w ogóle standardu bazy magazynowo - transportowej.

Dodatkowo, co jest istotne dla oceny rzeczywistości udostępnienia tych zasobów, Fart Bis nie złożył aktualnych formularzy JEDZ oraz oświadczeń objętych załącznikiem nr 12 do SWZ, wobec czego – pomimo zmiany podmiotu, który miał powierzyć swoje zasoby w postaci doświadczenia, a zatem brać realnie udział w wykonaniu zamówienia, aktualne pozostały formularze JEDZ z 10 października 2024 roku i oświadczenia objęte załącznikiem nr 12 do SWZ z 4 i 15 października 2024 roku, w których wskazane jest jako podwykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o., który (co już wcześniej Zamawiający w sposób prawomocny ustalił) nie mógł realnie udostępnić swoich zasobów na rzecz Fart Bis. Tym samym nawet Fart Bis nie zakładał, że faktycznie Czystopol usługę tę będzie wykonywał jako podwykonawca.

Analogicznie należy zwrócić uwagę na to, że zmianie równolegle nie uległ treść Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług

w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, w których także znajdują się w dalszym ciągu pojazdy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o., a nie Czystopol, podczas gdy w ramach usługi odbioru

i zagospodarowania odpadów komunalnych pojazdy wskazane w tym załączniku są podstawowym wyrazem zaangażowania podmiotów udostępniających zasoby w sposób realny w ramach zamówienia tego rodzaju.

W ocenie Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że próbę oddania przez Czystopol swoich zasobów należy uznać za nieskuteczną i pozorną, służącą wyłącznie temu, żeby wykonawca uzyskał zamówienie, a nie po to, aby faktycznie zaangażować się w realizację zamówienia i świadczyć usługę, co do której Zamawiający wymagał doświadczenia.

Ponadto, zobowiązanie Czystopolu i jego realność powinna być oceniana na moment złożenia zobowiązania, a to oznacza, że Czystopol nie mógł zadeklarować, że będzie świadczył usługę odbioru odpadów z Gminy Starachowice, bowiem nie ma do tego uprawnień. Zamawiający przede wszystkim powinien był dostrzec nierealność tej deklaracji wobec braku posiadania przez tego przedsiębiorcę wymaganego wpisu do RDR – nie można zobowiązać się do wykonania czegoś, co wymaga „pewnego zezwolenia” podmiotu trzeciego, na decyzje którego nie ma się wpływu.

Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że wobec wskazanych okoliczności, tj. w szczególności wobec:

- a. udostępnienia zasobu tylko jednemu z członków konsorcjum a nie całemu konsorcjum, które tworzy „wykonawcę,
- b. braku deklaracji ze strony Czystopol co do gotowości wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia całej usługi odbioru ani nawet gotowości odbioru min. 12.000 ton odpadów,
- c. braku wpisu po stronie Czystopolu do RDR prowadzonego przez Prezydenta Starachowic,
- d. braku bazy magazynowo - transportowej na terenie lub w odległości do 60 km od granic Starachowic, która spełniałaby też standardy wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,

to Zamawiający nie miał podstaw do tego, aby uznać, że Czystopol realnie udostępnił Fart- Bis swoje zasoby i że faktycznie wykona usługę, do której wymagane były zasoby. Tym samym brak było podstaw do uznania, że Fart- Bis wykazał spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, co na obecnym etapie powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Jakkolwiek Odwołujący stoi na stanowisku, iż na obecnym etapie postępowania uchybień nie można sanować, gdyż tylko nowe i prawidłowe zobowiązanie Czystopol mogłoby potwierdzić realność dysponowania zasobami tego podmiotu, a sam Fart-Bis był już wzywany do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wobec utrwalonej linii orzeczniczej KIO i Sądu Zamówień publicznych co do jednokrotności uzupełniania tego samego dokumentu nie ma możliwości wezwać Fart-Bis ponownie do uzupełnienia zobowiązania. Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, Odwołujący stawia jeszcze zarzut ewentualny, wskazując, że Zamawiający powinien był (przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej) dokładnie zweryfikować realność udostępnienia zasobu, w szczególności co do jego zakresu i możliwości zaangażowania się przez Czystopol w realizację przedmiotowego zamówienia.

Wykaz narzędzi Fart Bis.

W rozdz. 6 pkt II.1.lit.b) SWZ Zamawiający określił warunki udziału w zakresie pojazdów. Zgodnie z postanowieniem SWZ: „wymagane jest aby przez cały okres realizacji zamówienia Wykonawca dysponował pojazdami specjalistycznymi w ilości, co najmniej:

-2 pojazdów specjalistycznych do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych,

-3 pojazdów specjalistycznych do odbioru odpadów zbieranych selektywnie,

-1 pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów zbieranych w workach z miejsc tzw. trudnych dojazdów,

-1 pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Fart Bis złożył formularz: *Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami* (dalej jako „Wykaz narzędzi”).

W Wykazie narzędzi Fart Bis oświadczył następująco:

Lp. Narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne dostępne wykonawcy usług Informacja o podstawie do dysponowania tymi narzędziami (np. własny, użyczony, wynajęty)

1. Cztery pojazdy specjalistyczne do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych Mercedes TK 3709F – norma spalin Euro 6 własny

Mercedes TKI 0925E- norma spalin Euro 6

własny

Mercedes WGM 3126A – norma spalin Euro 6

Leasing (PGK Końskie)

Renault DB 4003J – norma spalin Euro 6

Leasing (PGK Końskie)

2. Cztery pojazdy specjalistyczne do odbioru odpadów zbieranych selektywnie

Mercedes TKI 1376G- norma spalin Euro 6

Własny

Mercedes TKI 1378G- norma spalin Euro 6

Własny

Iveco TKI 0745E- norma spalin Euro 6

Własny

Renault WZ 583AK – norma spalin Euro 6

Leasing (PGK Końskie)

DAF TKN 19203– norma spalin Euro 6 (kontenerowiec + HDS) Własny (PGK Końskie)

Odwolujący zwrócił uwagę na te pozycje Wykazu narzędzi, gdzie Fart Bis zaznaczył adnotację „PGK Końskie”. W odróżnieniu od innych pozycji np. Mercedes TK 3709F, Wykonawca nie wskazał, że pojazdy są jego „własnymi” pojazdami. Co więcej, w odróżnieniu np. od pozycji HSUN TK454G nie wskazał, że pojazd jest „wynajęty” przez wykonawcę lub że jest to pojazd leasingowany przez PUK Fart- Bis (dotyczy to np. ostatniej pozycji Wykazu narzędzi), ale wskazał, że jest to pojazd PGK Końskie.

W świetle takiego sposobu wypełnienia Wykazu narzędzi wydaje się być oczywistym, że pojazdy: Mercedes WGM 3126A, Renault DB4003J, Renault WZ583AK i DAF TKN19203 nie stanowią zasobu własnego Fart Bis, tylko zasobu spółki Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o.

Odwolujący podkreślił, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. nie udostępniło Fart Bis swoich zasobów w postaci narzędzi, a stosowny dokument w tym zakresie nie był złożony wraz z ofertą Fart Bis, co oznacza (zgodnie z art. 123 Pzp), że na obecnym etapie Fart Bis nie będzie już mógł uzupełnić tego dokumentu.

Według wiedzy Odwołującego, w momencie składania ofert, Fart Bis nie posiadał też żadnej umowy ze spółką Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o., która potwierdzałaby faktyczne dysponowanie tymi pojazdami w momencie składania ofert. Co więcej, Odwołujący zauważył, że spółka Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. i jej zasoby w postaci doświadczenia zostały zastąpione zasobem Czystopolu, co również wskazuje na to, że podmiot ten w ogóle nie będzie już zaangażowany w realizację zamówienia.

W świetle powyższego należy uznać, że warunek udziału, w odniesieniu do pojazdów, nie jest spełniony, co powinno skutkować wdrożeniem przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, czego Zamawiający nie uczynił.

Analogicznie Fart Bis zaniechał złożenia aktualnych oświadczeń w postaci JEDZ oraz Załącznika nr 12 do SWZ w związku ze zmianą podmiotu udostępniającego zasoby w postaci doświadczenia zawodowego, który to podmiot – dla realności udostępnienia tych zasobów – powinien w rzeczywisty, istotny sposób brać udział w realizacji zamówienia. W tej sytuacji nie można uznać, że w sposób prawidłowy nastąpiło zadeklarowanie przez Fart Bis wykorzystania podmiotu udostępniającego zasoby w charakterze podwykonawcy, co także winno skutkować wdrożeniem przez Zamawiającego procedury, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, czego Zamawiający nie uczynił.

Omyłka w ofercie Odwołującego.

Zamawiający błędne zaniechanie poprawienia omyłki, jaka wystąpiła w ofercie Odwołującego, a w konsekwencji przyznano ofercie Odwołującego 30 punktów mniej niż oferta ta powinna była otrzymać.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. 16 SWZ przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierować się miał następującymi kryteriami, tj.

- a.ceną – waga 60%,
- b.częstotliwością odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości – waga 20%,
- c.dostarczaniem koszy do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO” – waga 10%,
- d.jakością pojazdów do odbierania odpadów – waga 10%.

Jeśli chodzi o kryterium związane z częstotliwością odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości, to dodatkowe punkty miały być przyznane ofertom tych wykonawców, którzy zadeklarują Zamawiającemu utrzymanie przez cały okres trwania umowy częstotliwości odbierania odpadów wg obowiązujących w 2024 r. harmonogramów odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości – stanowiących załącznik do SWZ, z uwzględnieniem wymagań Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. z 2021 r., poz. 906).

W odpowiedzi na tak opisane kryterium oceny ofert, Odwołujący, w części dotyczącej „Deklaracji wykonawcy” wskazał „TAK” w treści formularza ofertowego, deklarując tym samym gotowość świadczenia usługi zgodnie z podaną częstotliwością.

Następnie, w rozdziale 16 SWZ, Zamawiający wskazał, że przyzna dodatkowe punkty ofercie wykonawcy, który zadeklaruje gotowość dostarczania przez cały okres trwania umowy koszy przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO”, dla mieszkańców domów jednorodzinnych, potwierdzonych stosownym certyfikatem, zgodnie z europejską normą EN 840.

Również w zakresie tego kryterium, wypełniając formularz ofertowy, Wykonawca wskazał „TAK”, deklarując tym samym gotowość dostarczania koszy przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO”.

Nie może więc budzić wątpliwości (zestawiając literalny opis pozacenowych kryteriów oceny ofert z deklaracją Odwołującego wyrażoną w treści formularza ofertowego), że jego wolą było zaoferowanie Zamawiającemu usługi o bardziej preferencyjnych dla niego warunkach, niż warunki podstawowe. W przeciwnym razie Odwołujący nie wskazałby

„TAK”

w treści formularza ofertowego.

Omyłka w ofercie Odwołującego polegała przy tym na tym, że Odwołujący ograniczył się w treści formularza ofertowego do wskazania „TAK” w pozycjach dotyczących „Deklaracji wykonawcy” co do kryteriów oceny ofert, bez jednoczesnego przekopiowania do formularza dokładnej treści swojej deklaracji, która pokrywałaby się z opisem kryteriów, zawartych w SWZ.

Powyższe uchybienie pozostaje jednak bez wpływu na możliwość odtworzenia rzeczywistej woli Odwołującego co do warunków, na jakich zamierzał świadczyć usługę na rzecz Zamawiającego. Odtworzenia woli Odwołującego należy bowiem dokonać przez pryzmat opisu kryterium pozacenowych, zawartych w rozdziale 16, które nie zawierały żadnych alternatyw dla wykonawcy, a ograniczały się jedynie do opisu warunków świadczenia usługi, premiowanych przez Zamawiającego, które wykonawca albo przyjmował albo nie.

Odwołujący, w przypadku obu tych kryteriów, oświadczył „TAK” w swoim formularzu ofertowym, a więc w sposób jednoznaczny przyjął na siebie zobowiązanie do świadczenia usługi na bardziej preferencyjnych dla Zamawiającego warunkach. Jest to tym bardziej oczywiste, że Odwołujący jest dotychczasowym wykonawcą usługi, więc nie stanowi dla niego najmniejszego wyzwania choćby możliwość zadeklarowania utrzymania przez cały okres trwania umowy częstotliwości odbierania odpadów wg obowiązujących w 2024 r. harmonogramów odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości. Już na pierwszy rzut oka widać, że mamy do czynienia z omyłką. Co więcej, omyłka wynikała też z przyczyn technicznych, niezależnych od wykonawcy, a związanych ze sposobem, w jaki wyświetlał się elektroniczny formularz ofertowy, jaki wypełniał wykonawca.

Gdyby było inaczej, przy tym schemacie wypełniania przez Odwołującego formularza ofertowego, w części „Deklaracja wykonawcy” użyte zostałyby słowo „NIE”, którym jednak Odwołujący się nie posłużył. Odwołujący nie użył sformułowania „*Brak zgody na dostarczanie przez cały okres trwania umowy koszy przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO” lub nie zadeklarował „minimalnej częstotliwości przewidzianej w uchwale*”, co byłoby równoznacznej z brakiem gotowości do świadczenia usługi na zasadach premiowanych przez Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, w ramach swojej deklaracji posłużył się słowem „TAK”, czym zadeklarował Zamawiającemu warunki premiowane.

Dodatkowo (niezależnie od samego wypełnienia „Deklaracji wykonawcy”), w ramach wszystkich trzech pozacenowych kryteriów oceny ofert Odwołujący już na wstępie zaofertował Zamawiającemu świadczenie usługi na dodatkowo punktowanych warunkach, czego dowodem są fragmenty formularza ofertowego Odwołującego.

Tym samym nie może być mowy o niemożności odtworzenia przez Zamawiającego rzeczywistej i pierwotnej woli Odwołującego, który od początku oferował Zamawiającemu, w odniesieniu do wszystkich pozacenowych kryteriów oceny ofert, świadczenie o bardziej preferencyjnych dla Zamawiającego warunkach. Omyłka Odwołującego polegała przy tym wyłącznie na nieprzekopiowaniu fragmentu tekstu do formularza ofertowego, w miejsce którego Odwołujący posłużył się słowem „TAK”. Słowo to jest przy tym o tyle istotne, że definiowało ono oświadczenie woli Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Zamawiający miał obowiązek poprawienia omyłki, jaka wystąpiła w formularzu ofertowym Odwołującego, która ma charakter czysto techniczny i powinna być zakwalifikowana jako „*inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty*”. Mimo jej wystąpienia, Zamawiający ma możliwość odtworzenia pierwotnej woli Odwołującego, a w konsekwencji poprawienia formularza ofertowego doprowadzając go do zgodności z SWZ. Powyższa zmiana nie będzie przy tym powodowała istotnej zmiany w treści oferty, bowiem intencje Odwołującego w tym zakresie od początku są jasne. Zamawiający, nawet bez dodatkowego pisma Odwołującego, które zostało niezwłocznie skierowane do Zamawiającego, miał możliwość samodzielnego poprawienia zaistniałej omyłki w jedyny możliwy sposób, tj.:

a.dla kryterium częstotliwości: zamiast „TAK” powinien był wpisać „*Utrzymanie przez cały okres trwania umowy częstotliwości odbierania odpadów wg obowiązujących w 2024 r. harmonogramów odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości – stanowiących załącznik do SWZ, z uwzględnieniem wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz.U. z 2021 r., poz. 906)*”,

b.dla kryterium koszy do zbierania odpadów: zamiast „TAK” powinien był wpisać „*Dostarczanie przez cały okres trwania umowy koszy przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO”*”.

W takiej sytuacji Zamawiający ingerowałby w ofertę wykonawcy jedynie w sposób techniczny, a nie merytoryczny, bowiem nie budzi wątpliwości to, jaką tak naprawę ofertę Odwołujący złożył Zamawiającemu. Zamawiający, mimo obiektywnej możliwości poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki, zaniechał dokonania tej czynności, co skutkowało pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w sytuacji, gdy jego oferta była obiektywnie najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego nie tylko zawierała deklarację świadczenia usługi na zasadach premiowanych

przez Zamawiającego, ale też opiewała na niższą cenę i to właśnie oferta Odwołującego przedstawiała najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny.

W ocenie Odwołującego nie może budzić wątpliwości możliwość poprawienia (w takich okolicznościach faktycznych) omyłki w ofercie odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający zaniechał natomiast tych czynności.

Podsumowując, przedstawiona argumentacja w ocenie Odwołującego potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (Lider) (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (Partner). Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia i dopuściła zgłaszającego jako Przystępującego. Przystępujący złożył pisemne stanowisko procesowe wraz z dowodami, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że w odwołaniu i innych pismach procesowych prawidłowo przedstawiono stan faktyczny, a także zapisy SWZ i innych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ofert. Nie zachodziła konieczność czynienia dodatkowych ustaleń przez Izbę.

Na posiedzeniu przed Izbą, Odwołujący cofnął zarzut nr 4 naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart Bis do poprawienia Wykazu narzędzi, dlatego też odwołanie w tym zakresie nie podlegało rozpoznaniu.

Izba uznała, że odwołanie w pozostałym zakresie podtrzymywanym przez Odwołującego nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Zarzut nr 1

Zgodnie z brzmieniem SWZ - rozdział 6 pkt II ppkt 1) lit. a), rozdział 7 pkt 2) lit. k SWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający określił, że „wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000 Mg”

W opinii Izby warunek udziału w postępowaniu został ustalony klarownie i jednoznacznie. Kierując się wykładnią literalną, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu jednej usługi w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, gdzie Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000 Mg. Zatem należało wykazać się przynajmniej jedną usługą wykonywaną w sposób ciągły przez 12 miesięcy oraz w toku wykonywania usług należało odebrać odpady o łącznej masie 12 000 Mg, czyli Zamawiający określił warunek w ten sposób, że do czasu trwania usługi zastosował próg minimalny 12 miesięcy, a w przypadku ilości odpadów również wskazał ilość minimalną nie odnosząc jej do czasu trwania umowy. Z tych powodów za nieprzydatny do rozstrzygnięcia sporu Izba uznała materiał dowodowy złożony przez Odwołującego w postaci wyciągu z korespondencji mailowej z Gminą Morawica w przedmiocie ilości odpadów odebranych przez Czystopol. Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie negowali ilości odpadów odbieranych przez Czystopol w poszczególnych latach wykonywania usługi.

Odwołujący formułując zarzut zastosował do ustalenia treści warunku wykładnię celowościową, co wprost wynika z treści odwołania. Odwołujący zdaje się pomijać, że prymat należy przyznać wykładni literalnej, a inne rodzaje wykładni można zastosować, gdy w wyniku ustaleń wykładni literalna nie daje jednoznacznej odpowiedzi na zaistniałe wątpliwości. Bazując więc na mającej pierwszeństwo wykładni literalnej, zdaniem Izby, możliwe było ustalenie intencji

Zamawiającego co do rzeczywistego brzmienia i celu warunku. Tym samym więc zastosowanie innego rodzaju wykładni nie było konieczne.

Odwołujący stawiając zarzut kierował się treścią zarzutów podniesionych w innym postępowaniu odwoławczym, gdzie wykonawcy dążyli do złagodzenia pierwotnie ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż to nie argumentacja przygotowana na potrzeby popierania zarzutu w określonej formie decyduje o wykładni treści ostatecznie ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Oczywistym wydaje się, że argumentacja jest zależna od intencji i interesu Wykonawcy, którą ją podnosi. Natomiast decydujące znaczenie należy przyznać treści warunku, który przyjął ostateczną formę w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego i do tej treści odnosić reguły wykładni zapisów warunku.

Poprawność rozumienia warunku udziału w postępowaniu potwierdza również zachowanie Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zakwestionował sposób spełnienia warunku przez usługi pierwotnie wskazane przez Przystępującego, przy czym Zamawiający referował do czasu trwania umów nie spełniającego minimum 12 miesięcy, a nie odnosił się do ilości odpadów, gdzie w żadnym roku próg nie przekroczył 12 000 Mg. Zamawiający uważał, że nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu powołanie się na trzy, kolejno zawarte po sobie umowy bowiem

w warunku wymagano umowy trwającej minimum 12 miesięcy. Zamawiający w wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia dokumentów nie negował ilości odebranych odpadów.

Reasumując, biorąc pod uwagę literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału przez wykazanie się doświadczeniem usługi realizowanej na rzecz Gminy Morawica.

Zarzut 2 i 3

Poddając analizie zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby Przystępującemu Izba nie podziela treści zarzutów powołanych przez Odwołującego.

Ze złożonego zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby A.B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.B. CZYSTOPOL udostępnia na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (konsorcjant) zasób do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych (wiedza i doświadczenie) nabyte w związku z realizacją zamówienia pn. *Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Morawica oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Brzezinach w okresie od 1.07.2021 r. do 30.06.2024 r.* Dalej podmiot udostępniający określa, że sposób wykorzystania udostępnionych zasobów będzie polegał na podwykonawstwie, na podstawie umowy zawartej z Wykonawcą. Zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: *odbiór określonego zakresu odpadów, koordynacja przy tworzenia harmonogramów odbioru odpadów, zagospodarowanie części odpadów, zapewnienie bazy magazynowo- transportowej, organizacja logistyki* i obejmował będzie cały okres realizacji zamówienia. Następnie udostępniający zasoby oświadczył, że jako podmiot udostępniający powyższe zasoby weźmiemy udział w realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego złożone zobowiązanie jest błędne, ponieważ zasób został udostępniony tylko jednemu z członków konsorcjum. Izba podziela w tej kwestii stanowisko wyrażone w pismach procesowych przez Przystępującego i Zamawiającego. Z żadnego

z przepisów ustawy Pzp nie wynika, by zobowiązanie podmiotu trzeciego musiało odnosić się do wszystkich członków konsorcjum. Biorąc pod uwagę szczególny charakter konsorcjum jako Wykonawcy, oczywistym jest, że jeżeli udostępnienie potencjału ma miejsce w stosunku do jednego z konsorcjantów, to stanowi ono jego wkład merytoryczny do udziału w konsorcjum traktowanym jako całość – jeden podmiot będący Wykonawcą. Skoro przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do grupy podmiotów tworzących konsorcjum, to uwzględnić należy, iż w takiej sytuacji każdy z podmiotów może mieć inny wkład w stworzenie konsorcjum, wkładem tym może być potencjał udostępniony przez podmiot trzeci jednemu z podmiotów tworzących konsorcjum.

Dalej Odwołujący kwestionuje zakres udostępnienia zasobów polegający na „*odbiorze określonego zakresu odpadów*”. Zdaniem Odwołującego takie określenie jest przede wszystkim mało konkretne i nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów.

Izba nie podziela obaw i wątpliwości Odwołującego. Treść zobowiązania należy czytać w kontekście całokształtu treści złożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W przedmiotowym postępowaniu udostępnienie zasobu ma miejsce cele potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem odbiór określonego zakresu odpadów przez podmiot trzeci jako podwykonawcę będzie miał miejsce w takim zakresie, jaki zobowiązanie wypełnia treść warunku. Natomiast opis przedmiotu zamówienia obejmuje jeszcze inne elementy, które wykonywali będą poszczególni członkowie konsorcjum.

Treść złożonego zobowiązania nie stoi w ocenie Izby w sprzeczności do brzmienia art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli ustawodawca wymaga w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, gdzie wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, aby podmioty te wykonywały roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, to właśnie deklaracja uczestnictwa w wykonywaniu części zamówienia, do której referuje warunek udziału

w postępowaniu w charakterze podwykonawcy, wyczerpuje treść przepisu. Także czas udziału w realizacji zamówienia został określony w zobowiązaniu prawidłowo, ponieważ wskazano na cały okres realizacji usługi. Pozostałe zaś elementy wymienione w treści zobowiązania, czyli *koordynacja przy tworzenia harmonogramów odbioru odpadów, zagospodarowanie części odpadów, zapewnienie bazy magazynowo- transportowej, organizacja logistyki*, mają charakter czynności wtórnych, dodatkowych wobec czynności głównej polegającej na odbiorze odpadów.

Co do braku wpisu podmiotu trzeciego do Rejestru Działalności Regulowanej (RDR) prowadzonego przez Prezydenta Starachowic, to zauważyć należy, iż taki warunek nie został postawiony Wykonawcom. Żaden zapis SWZ, czy innych dokumentów postępowania nie stanowił, że w momencie składania oferty i potwierdzania spełniania warunków udziału dany podmiot musi legitymować się takim wpisem. Odwołujący nie podał na jakiej podstawie prawnej Zamawiający miałby żądać od podmiotu trzeciego wykazania więcej niż od samego Wykonawcy. Co więcej, z SWZ wprost wynika, że taki wpis należy posiadać w momencie podpisania umowy. Oznacza to, że Zamawiający zabezpieczył swoje interesy i ma możliwość odmówić podpisania umowy, z podmiotem który stosownych wymagań do prowadzenia działalności polegającej na odbiorze odpadów nie spełni. Odwołujący nie jest podmiotem decydującym, czy inny podmiot prowadzący działalność dany wpis uzyska i czy spełnia warunki do uzyskania wpisu. Opinia, że podmiot udostępniający zasoby nie dysponuje odpowiednim potencjałem do uzyskania wpisu, choćby w zakresie bazy magazynowo transportowej, jest subiektywną opinią własną Odwołującego. Wszelkie dywagacje na temat braku dysponowania odpowiednim zapleczem pozostają bez znaczenia dla przedmiotu sporu w niniejszej sprawie. Z drugiej strony taka sytuacja nie świadczy o braku realności udzielonego zobowiązania.

Zarzuty 5 i 6

W zakresie braku złożenia przez Fart Bis aktualnych formularzy JEDZ oraz oświadczeń objętych załącznikiem nr 12 do SWZ, to podkreślenia wymaga, że wraz z uzupełnionymi dokumentami dotyczącymi udostępnienia zasobów Zamawiający otrzymał od Przystępującego dokument JEDZ podmiotu trzeciego Czysopol oraz oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z art. 5k Rozporządzenia 833/2014 i art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

W tym konkretnym przypadku, w ocenie Izby wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów JEDZ celem wykazania zakresu podwykonawstwa było niecelowe. Z dokumentów złożonych w uzupełnieniu wynika w jakim zakresie podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

Zarzut 7

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że poprawienie błędu w ofercie Odwołującego stanowiłoby nadmierną ingerencję w treść oferty.

Na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie składu orzekającego Izby zaistniałej w ofercie Odwołującego omyłki nie można uznać za nieistotną, co więcej jest to element, w wyniku oceny którego Wykonawcy mogli otrzymać dodatkowe punktu w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, co również rzutuje na stanowisko Izby. Jeżeli istotność omyłki rozpatruje się jako sytuację, w której poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie, to nie jest to sytuacja, która ma miejsce w ofercie Odwołującego. Oferta nie zawiera bowiem oświadczenia woli Wykonawcy. Zatem przez poprawienie, to oświadczenie woli dopiero powstałoby w ofercie.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego poprawienie jego oferty nie polegałoby na prostym przekopiowaniu odpowiednich treści do formularza ofertowego. Zauważyć należy,

iż w kryterium „częstotliwość” Zamawiający wymagał zadeklarowania dla *Utrzymania przez cały okres trwania umowy częstotliwości odbierania odpadów wg obowiązujących w 2024 r. harmonogramów odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości - stanowiących załącznik do SWZ, z uwzględnieniem wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz.U. z 2021 r., poz. 906) lub minimalnej częstotliwości przewidziana w uchwale*. Zatem przez wstawienie do formularza ofertowego samego słowa TAK, nie da się określić

w jakim zakresie Odwołujący złożył wiążące oświadczenie woli. Zamawiający, jak celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie, mógł jedynie domyślać się, że Wykonawca intencjonalnie chciał uzyskać punkty w dodatkowym kryterium oceny ofert, jednak wyrażna wola i stanowisko Wykonawcy nie zostało ujawnione. Samo zaś słowo TAK może oznaczać deklarację zarówno do jednego, jak i drugiego określenia częstotliwości odbierania odpadów. Odwołujący w formularzu

nie złożył wiążącej deklaracji co do częstotliwości odpierania odpadów oraz co do dostarczania koszy do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych „BIO”.

Ponadto Zamawiający jasno w SWZ określił, że *W przypadku, gdy Wykonawca w formularzu ofertowym nie wypełni lub nieodpowiednio wypełni ww. oświadczenie, Zamawiający uzna minimalną częstotliwość przewidzianą w ww. uchwale i przyzna w tym kryterium 0,00 punktów*. Podobnie kształtowała się sytuacja w kryterium *dostarczanie koszy do selektywnego zbierania odpadów biodegradowalnych <<BIO>>*.

Zapisy SWZ wiążą tak Zamawiającego, jak i Wykonawców. Stosując się do zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może dowolnie zmieniać ustalonych reguł postępowania. Błędu stwierdzonego w ofercie Odwołującego nie można uznać za nieistotny, bowiem jego poprawienie prowadziłoby do powstania nowego oświadczenia woli, które w pierwotnej treści oferty nie zostało ujawnione. Taka ingerencja miałaby charakter merytorycznego ukształtowania treści oferty wprost nie wyrażonej przez Odwołującego.

Reasumując, odwołanie w całości podlegało oddaleniu, biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....