

WYROK

Warszawa, dnia 03.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „STARKOM” sp. z o. o. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Trąbki Wielkie przy udziale wykonawcy: PUS sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 869/24

Uzasadnienie

Gmina Trąbki Wielki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Trąbki Wielkie*” znak sprawy: ZP.271.1.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

nr 2024/S 014-036824 w dniu 19 stycznia 2024 r.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „STARKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 18 marca 2024 r. wniósł w przedmiotowym postępowaniu odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu i niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 pkt 2 lit. b) PZP poprzez brak odrzucenia oferty PUS sp. z o. o. z siedzibą w Kwidzynie (dalej „PUS” lub „wykonawca PUS”) w sytuacji, kiedy złożona przez tego Wykonawcę oferta podlega odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

2) art 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 226 pkt 2 lit. a) PZP w związku z art. 9b – 9d i art. 9j ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz § 2 – 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości poprzez brak wykluczenia

z postępowania PUS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kwidzynie i odrzucenia złożonej przez tego Wykonawcę oferty w sytuacji, kiedy Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,

3) art. 226 pkt 7 PZP w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez brak odrzucenia oferty PUS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kwidzynie w sytuacji, kiedy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wskazanej wyżej ustawy.

W zakresie wskazanych wyżej zarzutów Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający nie dokonał w sposób rzetelny i prawidłowy sprawdzenia zarówno przesłanek dotyczących podstaw wykluczenia Wykonawcy PUS jak również przesłanek odrzucenia złożonej przez tego Wykonawcę oferty. Odwołujący wskazywał, że już tylko rzetelne i prawidłowe zweryfikowanie dokumentów przedstawionych przez tego Wykonawcę, nawet bez konieczności prowadzenia dalej idącego postępowania wyjaśniającego, skutkowałoby jego wykluczeniem i odrzuceniem złożonej oferty.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołania Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 7 marca 2024 r. polegającej na wyborze oferty PUS jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz

2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem ustaleń dokonanych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, ponieważ skutek braku wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy PUS, Odwołujący utracił możliwość uzyskania wskazanego wyżej zamówienia. Dokonanie przez Zamawiającego wskazanych wyżej czynności, co byłoby zgodne z ustawą oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia, doprowadziłoby w konsekwencji do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów pierwszej kolejności Odwołujący wskazał,

że Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2, ppkt 4) lit. a) SWZ) postawił w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej następujący warunek: „O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawcy którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują, usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto”. Redakcja cytowanego zapisu nie pozostawia w ocenie Odwołującego wątpliwości, że wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien w ciągu kolejnych 12 miesięcy wykonać usługę o wartości nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto. Warunek nie wskazuje,

iż miałoby to być co najmniej 12 miesięcy lecz dokładnie 12 miesięcy. Zatem warunek dotyczący wartości zamówienia nie mniejszej niż 1,5 mln zł brutto powinien być spełniony dla okresu

12 miesięcy a nie całego okresu na jaki kontrakt został zawarty. Koresponduje to chociażby z kwotą, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia w okresie od 01.04.2024 r. do 30.06.2026 r. (tj. 26 miesięcy) – bez mała 9 mln złotych, oraz złożonymi przez wykonawców ofertami, które oscylowały pomiędzy 8,6 mln zł a prawie 10 mln zł. Ustalenie warunku udziału na poziomie 1,5 mln zł za okres 2 lub 3 lat stanowiłoby znaczne obniżenie wymagań dla potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PUS w celu wykazania spełnienia wskazanego wyżej warunku złożył załącznik nr 6 do SWZ „Wykaz usług”, w którym wskazał, iż w okresie od 01.01.2020 r. do obecnie (łącznie w ramach 3 umów) wykonywał/wykonuje na rzecz Gminy Kwidzyn usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Kwidzyn. Jako wartość zamówienia wskazano kwotę 4.555.665,93 zł brutto. Jednocześnie Wykonawca przedłożył referencje z dnia 27 lutego 2024 r. wydane przez Wójta Gminy Kwidzyn, które potwierdziły należyte wykonanie usług:

- 1) w okresie od 01.01.2020 r. do 31.12.2021 r. na łączną kwotę 2.139.884,96 zł,
- 2) w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2023 r. na łączną kwotę 2.331.294,88 zł,
- 3) w okresie od 01.01.2024 r. do 31.01.2024 r. na łączną kwotę 84.486,09 zł.

W ocenie Odwołującego w świetle powyżej zaprezentowanych danych wynikających z przedstawionych przez Wykonawcę PUS dokumentów wynika, iż nie spełnił on warunku wartości 1.500.000,00 zł brutto w żadnym okresie kolejnych 12 miesięcy. Nawet przy założeniu, iż okres kolejnych 12 miesięcy może być dobrany dowolnie, zaprezentowane wartości umów nie dają możliwości takiego przyporządkowania kolejnych 12 miesięcy aby suma wartości zamówienia za ten okres przekroczyła 1,5 mln zł brutto.

Oczywistym zatem zdaniem Odwołującego jest, iż Wykonawca PUS nie spełniła warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, a za co za tym idzie oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 pkt 2 lit. b) PZP.

W zakresie zarzutu naruszenia art 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 226 pkt 2 lit. a) PZP wstępie Odwołujący

wyjaśnił, iż zarzuty niniejszego odwołania dotyczą postawionego przez Zamawiającego, ale też wynikającego wprost z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Wójta Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Zarzuty odwołania nie dotyczą bezpośrednio braku wpisu PUS Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w tym rejestrze, lecz braku spełnienia wymagań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które są podstawą do dokonania takiego wpisu. Konsekwencją niespełnienia tych wymagań, a wręcz celowego wprowadzenia Wójta Gminy a następnie Zamawiającego w błąd co do spełnienia wymagań, powinna być odmowa dokonania wpisu do rejestru lub wykreślenie tego wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym.

Zgodnie z przepisem art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu

na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (ust. 2 tego artykułu). 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 (art. 9c ust. 1). Wpis do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy (ust. 2 art. 9c).

Jakkolwiek samo dokonanie wpisu jest czynnością materialno-techniczną i nie wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji lub innego aktu administracyjnego to podstawą dokonania wpisu jest spełnienie warunków formalnych zarówno wniosku jak i technicznych możliwości wykonywania działalności regulowanej. Wnioskodawca, zgodnie z przepisem art. 9c ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, załącza do wniosku oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o następującej treści: "Oświadczam, że: 1) dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości są kompletne i zgodne z prawdą; 2) znane mi są i spełniam warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1469) oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy".

W kontekście wykazania spełnienia warunków umożliwiających wykonywanie działalności

w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest, wydane na podstawie wskazanego wyżej w treści oświadczenia przepisu art. 9d ust. 2, rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.

w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) (dalej zwane Rozporządzeniem). Należy w tym miejscu przytoczyć warunki określone w § 2 Rozporządzeniu:

1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną:

- 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;*
- 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.*

2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo-transportowej należy zapewnić, aby:

1) teren bazy magazynowo-transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;

2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;

3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;

4) teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);

5) baza magazynowo-transportowa była wyposażona w:

- a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,*

b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

3. Na terenie bazy magazynowo-transportowej powinny znajdować się także:

- 1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
- 2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów

- o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo-transportowej.

4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

Odwołujący ponadto wskazał, iż wykonawca świadczący usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych, zobowiązany jest przestrzegać również m.in. przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi. Przepisy tego rozporządzenia określają w szczególności obowiązki pracodawcy w stosunku do zatrudnionych osób, wykonujących prace przy gospodarowaniu odpadami oraz pojazdów, narzędzi i innych urządzeń wykorzystywanych do tego rodzaju działalności. Zakres obowiązków wynikających ze wskazanego aktu prawnego jest na tyle szeroki, iż przytaczanie wszystkich obowiązków jest na potrzeby niniejszego odwołania nieuzasadnione. Dla przykładu jedynie można wskazać na przepis § 4, zgodnie z którym pracownicy mający bezpośredni kontakt

z odpadami komunalnymi powinni korzystać z oddzielnych pomieszczeń i urządzeń higieniczno-sanitarnych, takich jak szatnie przepustowe, umywalnie, pomieszczenia z natryskami, ustępy

i jadalnie. Należy jednakże mieć na uwadze, iż przepisy przedmiotowego rozporządzenia mają bezpośrednie zastosowanie w każdym przypadku wykonywania pracy związanej z odpadami

i w każdym miejscu i pojeździe w tym celu wykorzystywanym. Zatem przepisy Rozporządzenia

w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowią jedynie bazę określającą minimalne wymagania uprawniającego do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Faktyczne wykonywanie tej działalności wiąże się natomiast z wypełnieniem obowiązków wynikających również z rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi.

Jak wynika z powyżej cytowanych przepisów wykonawca ubiegający się o wpis do rejestru musi wykazać się tytułem prawnym do „bazy magazynowo-transportowej”.

W kontekście powyższych regulacji prawnych Odwołujący wystąpił do spółki PELKOM

Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie o udostępnienie informacji publicznej m.in. w zakresie ewentualnej umowy zawartej przez tę spółkę z PUS Sp. z o.o.. Zgodnie z uzyskanymi informacjami PELKOM

Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie jest stroną umowy z PUS Sp. z o.o. dotyczącej najmu 5 miejsc parkingowych na terenie spółki PELKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie, położonym przy

ul. Starogardzkiej 12. W zakresie tej umowy leży także użyczenie pomieszczenia socjalnego

z zapleczem sanitarnym (dostęp do stołówki i sanitariatów). Fakty te wydają się przy tym bezsporne również wobec treści oświadczenia Wykonawcy z dnia 27 lutego 2024 r. w którym oświadcza,

iż „wynajmowane miejsca parkingowe na pojazdy specjalistyczne służące do odbioru odpadów

wraz z użyczeniem pomieszczenia socjalnego z zapleczem sanitarnym, spełniają wymagania określone w § 2 rozporządzenia (...)”. Zdaniem Odwołującego wyjątkowo dziwnie w kontekście podnoszonych w niniejszym odwołaniu zarzutów brzmią tłumaczenia o prawidłowości i spełnianiu wszystkich wymagań przez Wykonawcę, zamieszczone w przedmiotowym piśmie. Nie sposób bowiem uznać, iż umowa najmu miejsc postojowych daje uprawnienie do korzystania z bazy transportowo-magazynowej jako całości w rozumieniu przepisów Rozporządzenia. Oddanie do korzystania bazy magazynowo-transportowej, bez względu na rodzaj stosunku prawnego, powinno dawać nieskrępowaną możliwość używania wszystkich niezbędnych elementów tej bazy, nie tylko miejsc postojowych, lecz również prawidłowo wyposażonych i odpowiednich dla liczby zatrudnionych u korzystającego osób pomieszczeń socjalnych, spełniających warunki przywołanych wyżej dwóch rozporządzeń.

Brak takich możliwości potwierdza nie tylko sam przedmiot najmu wskazany w piśmie PELKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie. Dla uświadomienia braku możliwości faktycznych korzystania przez Wykonawcę z bazy magazynowo-transportowej Odwołujący załączył do odwołania zrzuty z GoogleMaps (pierwszy obraz) oraz Geoportalu (dwa kolejne obrazy). Naloty służące wykonaniu przedmiotowych zdjęć wykonane zostały niedawno, zatem stan przedstawiony na zdjęciach jest stanem aktualnym. Poza znacznym „łtokiem” różnego rodzaju pojazdów – 26 miejsc

parkingowych na podstawie 15 umów na wynajem tych miejsc, o czym mowa w piśmie PELKOM

Sp. z o.o. oraz pojazdów spółki Czyste Kociewie Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie, zwraca uwagę na brak utwardzenia nawierzchni, co w połączeniu z uwidocznionym brakiem sieci kanalizacji sanitarnej na zrzutach z Geoportalu, oznacza brak spełnienia warunku zabezpieczenia miejsc przeznaczonych

do parkowania pojazdów przed emisją zanieczyszczeń do gruntów. Również widoczne z prawej strony swobodne przejście na działkę sąsiednią wskazuje na brak zabezpieczenia nieruchomości w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym. Wskazany wyżej brak sieci kanalizacji tak sanitarnej jak i deszczowej oznacza brak urządzeń lub systemów zagospodarowania wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy. Zatem nawet przy przyjęciu, iż Wykonawca PUS Sp. z o.o. posiada tytuł prawny obejmujący bazę jako taką, to baza ta nie spełnia warunków określonych w obu rozporządzeniach.

Przedstawione wyżej wywody jednoznacznie wskazują, iż PUS Sp. z o.o. nie ma możliwości tak prawnej, jak i faktycznej, aby wypełnić nałożone przez obowiązujące prawo obowiązki dotyczące wykazania się prawidłowo wyposażoną i spełniającą wymogi bazą magazynowo-transportową.

Nie pozostawia wątpliwości, iż zawarta z PELKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie umowa ma legitymizować Wykonawcę w zakresie spełniania warunków wynikających z Rozporządzenia, w szczególności warunku dotyczącego odległości bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy. Jednakże umowa ta została zawarta przez Wykonawcę PUS Sp. z o.o. jedynie dla pozorów.

PUS Sp. z o.o., według najlepszej wiedzy Odwołującego, nigdy nie korzystał z przedmiotu najmu na terenie należącym do spółki PELKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Pelplinie. z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można przyjąć założenie, że nawet w przypadku realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, pojazdy będą jeździły z i do Kwidzyna.

Powyższe fakty powinny doprowadzić Zamawiającego do przekonania, iż Wykonawca PUS Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wskazać przy tym ponadto należy, iż Wykonawca złożył w dniu 29 lutego 2024 r. oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, oświadczając, iż wszystkie informacje złożone w oświadczeniu zawartym w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia o których mowa m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, są aktualne na dzień złożenia tegoż oświadczenia. Świadczy to zdaniem Odwołującego o pełnej premedytacji działań Wykonawcy PUS Sp. z o.o..

Konsekwencją powyższej przedstawionych zarzutów, opartych zarówno na przepisach prawa, jak i dowodach z dokumentów, powinna być odmowa dokonania przez Wójta Gminy Trąbki Wielkie wpisu do rejestru działalności regulowanej lub wydanie decyzji o zakazie wykonywania przez Wykonawcę działalności objętej wpisem na podstawie art. 9j ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z uwagi na fakt, iż Wykonawca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 9c ust. 4 tej ustawy, niezgodne ze stanem faktycznym. W aspekcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien wykluczyć Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP i odrzucić złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 226 pkt 2 lit. a) PZP. Uznać bowiem należy, iż warunek posiadania przez wykonawcę aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej, w sytuacji, kiedy dokonanie wpisu następuje de facto z automatu, nie może być odczytywany dosłownie, lecz w kontekście faktycznego spełnienia przesłanek warunkujących dokonanie tego wpisu.

A.d.: Zarzut naruszenia art. 226 pkt 7 PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

Abstrahując od zarzutu opisanego w A.d.2) Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, która złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z definicją ustawową zawartą w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji określa ust. 2 tego artykułu a dalsze przepisy ustawy konkretyzują niektóre z czynów nieuczciwej konkurencji.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2019 r. sygn. akt: I NSK 61/18 wyjaśnił szerzej definicję czynu nieuczciwej konkurencji i praktyk sprzecznych z dobrymi obyczajami, wskazując, iż „Wszystkie czyny zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwala uznać za czyny nieuczciwej konkurencji również inne zachowania przedsiębiorcy, nieobjęte przepisami tej ustawy, które są zabronione na gruncie innych ustaw lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, jednocześnie naruszając interes przedsiębiorcy. Ustalenie dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z uwzględnieniem celu ustawy, jakim jest zapewnienie równych

i niezakłóconych warunków konkurencji. W kontekście relacji z konsumentami jako sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. W wszystkie czyny zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwala uznać za czyny nieuczciwej konkurencji również inne zachowania przedsiębiorcy, nieobjęte przepisami tej ustawy, które są zabronione na gruncie innych ustaw lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, jednocześnie naruszając interes przedsiębiorcy. Ustalenie dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z uwzględnieniem celu ustawy, jakim jest zapewnienie równych i niezakłóconych warunków konkurencji. W kontekście relacji z konsumentami jako sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać działania, które zmierzają do niedoinformowania, dezorientacji, wywołania błędnego przekonania u klienta, wykorzystania jego niewiedzy lub naiwności, czyli takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań.”. W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2019 r. sygn. akt: KIO 803/19, wskazując, że „Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu”.

Odwołujący, wskazując na sytuację prawną i faktyczną opisaną w uzasadnieniu zarzutu A.d.2), stoi na stanowisku, iż przepis art. 226 pkt 7 PZP jest samodzielną podstawą do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę. Działania PUS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kwidzynie w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wypełniają przesłanki uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji:

- 1) były to działania podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą,
- 2) wskazują bezsprzecznie na sprzeczność tych działań z prawem i dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego Odwołującego.

W kontekście przedstawionych w niniejszym odwołaniu działań i zaniechań Wykonawcy PUS Sp. z o.o. wydaje się oczywiste, iż wypełniają one przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji określoną w art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody a wiadomościami nieprawdziwymi lub wprowadzającymi w błąd są informacje dotyczące sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Zrozumiałym jest i oczywistym, że każdy przedsiębiorca ma prawo działać na rynku w dowolnie wybranym przez siebie zakresie. Jednakże działanie to musi być zgodne z prawem i dobrymi obyczajami. Zdobywanie nowych rynków dla swych towarów i usług nie może odbywać poprzez zatajanie informacji, wprowadzanie w błąd, zawieranie fikcyjnych umów, z których to działań i dokumentów przedsiębiorca uzyskuje nieuprawnione korzyści, w tym chociażby uprawnienia w Kwidzynie, który wraz z przystąpieniem przedstawił stanowisko i argumentację na poparcie oddalenia odwołania. W dniu 26 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości i przedstawił stanowisko w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wskazanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia wykonawcy PUS sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie po stronie Zamawiającego (dalej „Przystępujący”). W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania

na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Trąbki Wielkie*; Numer referencyjny: ZP.271.1.2024 (dalej „Postępowanie”).

Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2, ppkt 2) lit. a) SWZ postawił w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów następujący warunek: *„O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawcy którzy w aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia”.*

W Rozdziale IX pkt 3, ppkt 2) lit. a) SWZ w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę ww. warunku udziału Zamawiający wymagał złożenia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Przystępujący w celu wykazania spełniania ww. warunku złożył wydane przez Wójta Gminy Trąbki Wielkie zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych z dnia 20.02.2024 r. nr R-1/2024.

Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2, ppkt 4) lit. a) SWZ postawił w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej następujący warunek: *„O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawcy którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują, usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto”.*

Przystępujący w celu wykazania spełnienia ww. warunku złożył załącznik nr 6 do SWZ „Wykaz usług”, w którym wskazał, iż w okresie od 01.01.2020 r. do obecnie (łącznie w ramach 3 umów) wykonywał/wykonuje na rzecz Gminy Kwidzyn usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Kwidzyn. Jako wartość zamówienia wskazano kwotę 4.555.665,93 zł brutto. Jednocześnie Wykonawca przedłożył referencje z dnia 27 lutego 2024 r. wydane przez Wójta Gminy Kwidzyn, które potwierdziły należyte wykonanie usług:

- 1) w okresie od 01.01.2020 r. do 31.12.2021 r. na łączną kwotę 2.139.884,96 zł,
- 2) w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2023 r. na łączną kwotę 2.331.294,88 zł,
- 3) w okresie od 01.01.2024 r. do 31.01.2024 r. na łączną kwotę 84.486,09 zł.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;*

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

Art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

Art. 109 ust. 1 pkt 8 – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

Izba zważyła co następuje:

Rozpoznając odwołanie Odwołującego w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W ramach pierwszego z zarzutów Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż ten nie spełniał warunku postawionego w Rozdziale VII pkt 2, ppkt 4) lit. a) SWZ. Zarzut ten Odwołujący opierał na przyjęciu założenia, iż warunek ten o treści *O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawcy którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują, usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto* wymaga wykazania wskazywanej w nim wartości usługi dla okresu 12 miesięcy. Z takim odczytaniem treści przedmiotowego warunku nie sposób się zgodzić. Jak słusznie wskazywał Zamawiający w przedstawionej odpowiedzi na odwołanie warunek ten stawiał potencjalnym wykonawcom dwa wymagania których spełnienie umożliwiało ubieganie się o przedmiotowe zamówienie tj.

- 1) aby wykonawca wykonał lub wykonywał usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy oraz
- 2) aby wartość wykonanego lub wykonywanego zamówienia była nie mniejsza niż 1 500 000,00 zł brutto.

Redakcja przedmiotowego warunku wbrew twierdzeniom Odwołującego nie przypisywała wskazywanej w nim wartości do okresu 12 miesięcy, tj. konieczności wykazania wykonania usług o wartości 1 500 000 zł brutto w okresie 12 miesięcy. Wartość 1 500 000 zł brutto została określona dla wartości całego zamówienia, nie zaś wartości usługi w oznaczonym przedziale czasowym (tj. 12 miesięcy). Postawiony wymóg czasowy odnosił się z kolei do charakterystyki wykazywanego doświadczenia, które miało obejmować realizację usługi świadczonej w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy.

Tym samym należało uznać, że zarzut Odwołującego w tym zakresie został oparty na wymaganiach, które nie wynikają z treści warunku zawartego w SWZ. Jednocześnie z treści przedłożonych przez Przystępującego przedmiotowych środków dowodowych wynika spełnianie warunku w brzmieniu określonym w SWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie również w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego w sytuacji, kiedy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Wójta Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Według postanowień Rozdziału VII pkt 2, ppkt 2) lit. a) SWZ przedmiotowe zamówienie skierowane było do wykonawców powiadających wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej „ustawa o czystości i porządku w gminach”), w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Jednocześnie w Rozdziale IX pkt 3, ppkt 2) lit. a) SWZ wskazano, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę ww. warunku udziału Zamawiający wymagał złożenia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Trąbki Wielkie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.”

Przystępujący rzeczony wpis uzyskał i przedłożył wymagane w SWZ urzędowe zaświadczenie w tym zakresie, czego Odwołujący jak wynika wprost z treści odwołania nie negował. Przystępujący wykazał więc spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ w sposób w SWZ przewidywany.

Warunki i sposób wpisu do rejestru prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta określają przepisy art. 9b i 9c ustawy o czystości i porządku w gminach. Do wniosku o wpis dołącza się m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Natomiast zgodnie z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy o czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej, dla której szczegółowe wymagania określa § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia

2013 r.

(Dz. U z 2013 r. poz. 122).

W świetle powyższego posiadanie bazy magazynowo-transportowej nie jest i nie było warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu. Posiadanie bazy jest natomiast okolicznością warunkującą możliwość uzyskania wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący usiłuje wykazać, że w związku z podnoszonymi przez niego brakami spełnienia wymagań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które są podstawą do dokonania takiego wpisu, w stosunku do Przystępującego powinna nastąpić odmowa dokonania wpisu do rejestru lub wykreślenie tego wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym. *De facto* więc Odwołujący dąży do zbadania w postępowaniu o udzielenie zamówienia (a w konsekwencji w postępowaniu odwoławczym) okoliczności warunkujących wpis w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i wpis ten podważyć. Niejako pośrednio (z braku w treści SWZ konkretnego warunku udziału w postępowaniu, do którego mógłby się odnieść) Odwołujący podnosi, że z powyższych względów Przystępujący nie spełnia ustawowego warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności i złożyła fałszywe oświadczenie w tym zakresie.

Warunki i sposób procedowania przy dokonaniu wpisu w rejestrze oraz wykreślenia określają ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy – Prawo przedsiębiorców oraz przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. W przypadku, gdy Odwołujący kwestionuje spełnianie lub przestrzeganie przez Przystępującego warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej objętej przedmiotowym rejestrze powinien podjąć kroki, w stosownym trybie przewidywanym przez te przepisy, zwracając się do właściwego w sprawie organu administracji do kontroli działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych czy też przestrzegania przepisów z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy.

W świetle art. 554 ust. 1 pkt 3 ustawy Izba uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne

z przepisami ustawy

Przepisy nie przewidują natomiast nakazywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu administracyjnym, nawet w przypadku gdy pomiędzy organem administracji oraz zamawiającym zachodzi podmiotowa tożsamość. Ingerowanie w postępowanie administracyjne, w szczególności podważanie ważności decyzji administracyjnych czy też innych czynności i zadań wykonywanych przez organy administracji, nie mieści się w kompetencjach Izby. Z tego względu, nawet w przypadku wystąpienia podejrzeń, co do nieprawidłowości danej czynności czy decyzji administracyjnej, która potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba nie ma żadnych instrumentów, aby ją podważyć i uznać za niewywierającą skutków prawnych, które z niej wynikają.

Izba jeszcze raz stwierdza, że dopóki wykonawca posiada ważny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, powinien być uznawany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, do których wpis się odnosi i które potwierdza. W konsekwencji wykonawca może również składać oświadczenia, że warunki te spełnia. Innymi słowy: do momentu, gdy wpis Przystępującego do rejestru działalności regulowanej pozostawał będzie aktualny i niewzruszony w stosownym trybie, wykonawca spełniał będzie warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadanych uprawnień.

W związku z powyższym Izba pominęła wszystkie dowody zmierzające do wykazania niespełnienia przez Przystępującego warunków uzyskania wpisu w ww. rejestrze dotyczące bazy transportowo-magazynowej. Jak już wskazano, postępowanie odwoławcze nie służy wzruszaniu decyzji administracyjnych (lub urzędowych zaświadczeń), które przedkładane są w postępowaniu

o udzielenie zamówienia i stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Odwołującego w granicach podniesionych w odwołaniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 pkt 7 PZP w związku z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Jak wielokrotnie zwracała uwagę Izba w swoich orzeczeniach zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Tym samym to określone ww. przepisem wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych, zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Z kolei przepis art. 555 ustawy Pzp wprowadza zasadę, że Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów

w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z

4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20 czy też wyroku z dnia 21 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 955/23).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać nie tylko treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, ale powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie robi, to takiego błędu nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności czy też argumentacji dla której Izba powinna uznać, że dany zarzut jest uzasadniony - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu

(tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Przekładając powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy, zauważyć należy, że Odwołujący w treści odwołania ograniczył się w znacznym zakresie do przywołania treści przepisów oraz orzecznictwa sądów oraz Izby definiujących pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe Odwołujący uzupełnił o stwierdzenie, że działania Przystępującego w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wypełniają przesłanki uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego w kontekście przedstawionych w niniejszym odwołaniu działań i zaniechań Przystępującego wydaje się oczywiste, iż wypełniają one przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji określoną w art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody a wiadomościami nieprawdziwymi lub wprowadzającymi w błąd są informacje dotyczące sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Tak sformułowane zarzuty, wobec zbyt dużego poziomu ogólności i lakoniczności, nie mogły zostać uwzględnione. Brak jest w treści odwołania w zakresie tego zarzutu jakichkolwiek odniesień konkretnych działań czy zaniechań Przystępującego w świetle wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów czy też powiązania konkretnych okoliczności z przesłankami określonymi

w przepisach, których naruszenie podnosił Odwołujący. Nie sposób w związku z tym stwierdzić istnienia zarzucanego w odwołaniu naruszenia. Z kolei argumentacja Odwołującego podnoszona na rozprawie odnosząca się do rzekomo dumpingowych cen stosowanych przez Przystępującego,

jak też przedkładane dowody, wykraczają treściowo poza zakres sformułowany w treści złożonego odwołania. Skoro zaś twierdzenia Odwołującego przedstawione na rozprawie nie znalazły się w treści odwołania, to prowadzi do wniosku, że nie mogły podlegać ocenie Izby, która w myśl art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych jest związana zarzutami odwołania. Z tego względu nie mogła wziąć pod uwagę tej części argumentacji Odwołującego, bazując jedynie na treści odwołania.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....