

WYROK

Warszawa, dnia 22 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę N. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Trachach
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Gliwice,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.R. z siedzibą w Kotach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę N. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Trachach i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę N. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Trachach, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Miasto Gliwice tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 139 zł 00 gr (słownie: sto trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów dojazdu na rozprawę.

2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy N. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Trachach na rzecz zamawiającego – Miasta Gliwice kwotę 3 739 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 1072/24

Uzasadnienie

Miasto Gliwice, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opróżnianie koszy i sprzątanie przystanków na terenie miasta Gliwice 2024-2025”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 stycznia 2024 r., pod numerem 2024/S 005-011140.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca N. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Trachach, zwany dalej „wykonawcą N.” lub „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności podjętych przez Zamawiającego oraz zaniechania przez tego Zamawiającego czynności, do których był on obowiązany na podstawie przepisów ustawy PZP, w zakresie części nr 4 zamówienia, które polegały na:

1) wyborze dla części nr 4 zamówienia (rejon IV) oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.R. z siedzibą w Kotach (zwanego dalej jako „wykonawca KODEX”), podczas gdy wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd

przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2) zaniechaniu dla części nr 4 postępowania (rejon IV) wykluczenia wykonawcy KODEX i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty, podczas gdy wykonawca KODEX wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy KODEX i nieodrzućenie oferty tego wykonawcy dla części nr 4 zamówienia (rejon IV), podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanych w rozdziale 9 pkt 4 SWZ, tj. posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu lub wykonywaniu należycie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na sprzątaniu terenów zewnętrznych lub sprzątaniu przystanków lub opróżnianiu koszy ulicznych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł 00 gr brutto (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty wykonawcy KODEX i nieodrzućenie oferty tego wykonawcy dla części nr 4 zamówienia (rejon IV), podczas gdy wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP z uwagi na to, że podał w wykazie usług (Załącznik nr 8 do SWZ) informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia, odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego opisanym w rozdziale 9 pkt 4 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zarzut nr 2),

3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę KODEX jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 4 zamówienia (rejon IV), podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale 9 pkt 4 SWZ, a także z uwagi na to, że wykonawca ten podał w wykazie usług (Załącznik nr 8 do SWZ) informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia, odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego opisanym w rozdziale 9 pkt 4 SWZ (spełniania warunków udziału w postępowaniu), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a co wpłynęło na wynik postępowania (zarzut nr 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej dla części nr 4 zamówienia (rejon IV) oferty złożonej przez wykonawcę KODEX,

2) ponowną ocenę i badanie ofert dla części nr 4 zamówienia (rejon IV),

3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KODEX dla części nr 4 zamówienia (rejon IV) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP z uwagi na to, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP,

4) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KODEX dla części nr 4 zamówienia (rejon IV) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP z uwagi na to, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanych w rozdziale 9 pkt 4 SWZ.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania wykonawca N. podał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w rozdziale 9 pkt 4 SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub nadal wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na sprzątaniu terenów zewnętrznych lub sprzątaniu przystanków lub opróżnianiu koszy ulicznych o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto. W przypadku usługi, która nadal jest wykonywana wartość prac zrealizowanych do upływu terminu składania ofert musi wynosić co najmniej 100.000,00 zł brutto”. Na potwierdzenie

spełniania tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał w rozdziale 11 pkt 3 SWZ złożenia na wezwanie „wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane o treści Załącznika nr 8 do SWZ, oraz załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, (...)”. Wykonawca KODEX, którego oferta została najwyżej oceniona, został wezwany w dniu 13 lutego 2024 r. przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca KODEX złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług, w którym wskazał, że w okresie od dnia 1 lipca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r. wykonywał na rzecz firmy REMONDIS Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „firma REMONDIS Gliwice”) „usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice” i na potwierdzenie tego załączył do wykazu referencję wystawioną przez firmę REMONDIS Gliwice, z której wynikało, że we wskazanym w wykazie usług okresie wykonywał na podstawie umowy podwykonawczej usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice w rejonach nr 1 i 2 za kwotę: 207 123 zł 84 gr (rejon nr 1) i 190 762 zł 66 gr (rejon nr 2).

Zdaniem Odwołującego informacje te nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na kilka okoliczności.

Po pierwsze, Odwołujący przywołał treść art. 66 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a następnie stwierdził, że obowiązek prowadzenia ewidencji obciąża posiadacza odpadów, czyli zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 19 ustawy o odpadach: „wytwórcę odpadów lub osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej będące w posiadaniu odpadów”. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach przez wytwórcę odpadów – rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątania, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej; wytwórcą odpadów zdawanych do portowych urządzeń do odbioru odpadów ze statków w rozumieniu art. 5 pkt 9 ustawy z dnia 12 maja 2022 r. o portowych urządzeniach do odbioru odpadów jest podmiot świadczący usługę odbioru odpadów w porcie lub przystani morskiej. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy o odpadach w przypadku transportującego odpady komunalne ewidencję odpadów prowadzi się z zastosowaniem karty przekazania odpadów komunalnych. Zgodnie zaś z art. 69 ust. 1 ustawy o odpadach kartę przekazania odpadów sporządza posiadacz odpadów, który przekazuje odpady do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie miejsc zbierania odpadów lub miejsc, przetwarzania odpadów, przed rozpoczęciem ich transportu. Ewidencję musi prowadzić każdy podmiot, który wytwarza lub gospodaruje odpadami, więc wpis do Bazy Danych Odpadowych (dalej jako „BDO”) jest obowiązkowy dla wszystkich podmiotów świadczących usługi związane z gospodarką odpadami. Przedsiębiorcy posiadający odpady muszą prowadzić ich ewidencję elektronicznie w BDO na swoim indywidualnym koncie. Odwołujący zwrócił również uwagę na treść art. 66 ust. 4 pkt 1 lit. a ustawy o odpadach, w świetle którego obowiązek prowadzenia ewidencji odpadów nie dotyczy wytwórców odpadów komunalnych, natomiast czym innym jest prowadzenie ewidencji odpadów, a czym innym jest transport odpadów na karcie przekazania odpadów. Ponadto zgodnie z art. 69 ust. 1a ustawy o odpadach kierujący środkiem transportu, którym są transportowane odpady, obowiązany jest posiadać w trakcie transportu potwierdzenie wygenerowane z BDO, które umożliwia weryfikację informacji zawartych w karcie przekazania odpadów ze stanem rzeczywistym. Następnie transportujący odpady zgodnie z art. 69 ust. 3b ustawy o odpadach potwierdza transport odpadów w BDO niezwłocznie po zakończeniu transportu.

Po drugie Odwołujący wskazał też, że zwrócił się do Marszałka Województwa Śląskiego z prośbą o przekazanie informacji dotyczących wykonawcy KODEX. W świetle uzyskanej od Marszałka Województwa Śląskiego oraz przekazanej Zamawiającemu informacji z dnia 13 lutego 2024 r. wykonawca KODEX „nie prowadzi ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarowaniu odpadami (dalej: BDO). Wobec powyższego tutejszy organ nie ma możliwości udostępnienia Kart przekazania odpadów oraz Kart Przekazania Odpadów Komunalnych wystawionych w okresie od 01.01.2021 r. do 01.02.2024 r. Jednocześnie informuję, że ww. podmiot został zarejestrowany we wpisie BDO w dniu 16.03.2023r.”. Według Odwołującego wynika z tego, że jeżeli w BDO Kartę Przekazania Odpadów wprowadziła firma REMONDIS Gliwice i firma ta był transportującym odpady, to była także posiadaczem odpadów i firmą która „wytworzyła” odpady zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt

32 ustawy o odpadach. Odwołujący uważa więc, że wykonawca KODEX nie mógł świadczyć usługi wpisanej w wykazie osób, ponieważ w świetle przepisów prawa nie była wytwórcą / posiadaczem odpadu, tj. nie wykonywał czynności których wykonania wymagał Zamawiający w celu wykazania posiadania doświadczenia. Odwołujący wskazał, że po przeanalizowaniu dokumentów odnoszących się do wykonawcy KODEX wystosował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że wykonawca ten nie mógł transportować odpadów komunalnych, gdyż w podanym w wykazie usług okresie nie był wpisany w BDO. W ocenie Odwołującego w świetle obowiązujących przepisów prawa, aby móc świadczyć usługi wskazane w wykazie usług wykonawca KODEX musiał być w tym czasie wpisany do BDO i prowadzić ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w tej Bazie. Jeśli zatem wykonawca KODEX nie był wpisany do BDO i nie prowadził ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w tej Bazie, nie mógł nabyć doświadczenia polegającego na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice.

Po trzecie zdaniem Odwołujący Zamawiający ma świadomość wymogów jakie stawiają przepisy prawa w zakresie wykonywania prac polegających na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków, ponieważ w rozdziale 9 pkt 2 SWZ Zamawiający wpisał w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wymóg, że o zamówienie mogą ubiegać się „*wykonawcy, którzy posiadają wpis do bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (Rejestr BDO) w zakresie transportu odpadów o kodzie 20.03.03 - odpady z czyszczenia ulic i placów, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z 02.01.2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 10)*”. Odwołujący wskazał też, że usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice firma REMONDIS Gliwice realizowała jako wykonawca i w ramach tej umowy zleciła wykonawcy KODEX wykonanie usług jako podwykonawcy. Usługi te były realizowane na podstawie umowy zawartej w wyniku zamówienia publicznego udzielonego przez miasto Gliwice i w tym postępowaniu przetargowym Zamawiający również wpisał w SWZ, że w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wpis do BDO w zakresie transportu odpadów o kodzie 20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów) zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów. Firma REMONDIS Gliwice w ramach realizacji umowy była zobowiązana do podpisania oświadczenia w zakresie samodzielnego wykonywania umowy lub oświadczenia o wykonywaniu usług przy udziale podwykonawców. Według Odwołującego Zamawiający jako prowadzący oba postępowania mógł z powodzeniem sam zweryfikować zakres wykonywanych usług przez wykonawcę KODEX. Zamawiający w dniu 1 marca 2024 r. zwrócił się do firmy REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie kilku informacji dotyczących wystawionych referencji, na co firma REMONDIS Gliwice w dniu 5 marca 2024 r. udzieliła odpowiedzi. Z treści odpowiedzi firmy REMONDIS Gliwice jednoznacznie i wprost wynikają następujące okoliczności: 1) wykonawca nie prowadził ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w BDO, co zostało również potwierdzone przez Marszałka Województwa Śląskiego w piśmie z dnia 13 lutego 2024 r., 2) transport zebranych odpadów odbywał się pojazdami będącymi własnością firmy REMONDIS Gliwice, 3) karty przekazania odpadów w systemie BDO wystawiane były na firmę REMONDIS Gliwice. Według Odwołującego firma REMONDIS Gliwice w żaden sposób nie potwierdziła, że wykonawca KODEX nabył doświadczenie polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice w rejonach nr 1 i nr 2, dla których wykonywania przepisy prawa bezwzględnie wymagają wpisania do BDO i prowadzenia ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w Bazie. Przedstawione informacje wykazują rzecz przeciwną, tj. że wszystkie czynności (w tym przekazywanie do instalacji) były wykonywane przez firmę REMONDIS Gliwice, co oznacza, że jednym działaniem wykonawcy KODEX było w zasadzie udostępnienie firmie REMONDIS Gliwice pracowników prowadzących pojazdy transportujące odpady. A takiego działania zdaniem Odwołującego w żaden sposób nie można zakwalifikować jako nabycie doświadczenia w odniesieniu, do którego przepisy prawa wymagają spełnienia szeregu obowiązków. Z uzyskanych informacji nie wynika, aby wykonawca KODEX w jakikolwiek sposób nadzorował i przeprowadzał od początku do końca proces opróżniania koszy i sprzątania przystanków, a następnie przekazywania odpadów do instalacji, co byłoby potwierdzone stosownymi kartami przekazania odpadów w systemie BDO. W opinii Odwołującego jeżeli wykonawca KODEX twierdzi, że pomimo braku wpisu do BDO realizował usługi transportu odpadów, to oznacza to, że robił to w sposób nielegalny. Inną możliwą interpretacją, która jest zgodna z twierdzeniami firmy REMONDIS Gliwice jest to, że wykonawca KODEX w rzeczywistości nie świadczył usług polegających na transporcie odpadów do instalacji a jedynie użyczył pracowników, którzy mieli za zadanie kierowanie pojazdami należącymi do firmy REMONDIS Gliwice, czyli usługi pośrednictwa pracy lub też użyczenia osób. Taki zakres działania nie pozwala jednak na przyjęcie, że wykonawca KODEX nabył doświadczenie w wykonywaniu usługi zgodnie z wymogami Zamawiającego wskazanymi w rozdziale 9 pkt 4 SWZ.

W opinii Odwołującego wykonanie czynności, do których podjęcia przepisy prawa wymagają stosownych uprawnień, np. posiadania wpisu do BDO możliwe jest tylko przez podmioty posiadające uprawnienie do takiego

działania, czyli w przedmiotowym przypadku zarejestrowanie w BDO i prowadzenie na własny rachunek ewidencji. Odwołujący zauważył, że analogiczne wymagania ustawa PZP stawia wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podobnie też sytuacja wygląda w przypadku wymagania posiadania odpowiedniego doświadczenia w pełnieniu funkcji, np. jako projektant lub inspektor nadzoru w procesie budowlanym – nabycie doświadczenia w pełnieniu takich funkcji możliwe jest dopiero od momentu uzyskania stosownych uprawnień budowlanych. Odwołujący podsumował, że w każdym przypadku wymogu posiadania doświadczenia w zakresie prac, do których wykonania potrzebne są stosowne koncesje czy uprawnienia, doświadczenie liczy się od momentu uzyskania tych uprawnień czy koncesji. Nielogiczne i nieuzasadnione byłoby zatem, aby w przypadku podwykonawców nabycie doświadczenia rozumieć w sposób odmienny.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, a także poglądami doktryny dany podmiot może powołać się tylko na takie prace, które sam wykonał. W przedmiotowej sprawie w ocenie Odwołującego użyczenie pracowników do kierowania pojazdami jest niewystarczające do nabycia doświadczenia w zakresie usług, do wykonywania których potrzebne są określone obostrzenia nałożone na firmę przepisami prawa. Wykonawca KODEX w czasie trwania usług wskazanych w wykazie usług nie posiadał stosownych uprawnień, tj. ani nie był zarejestrowany w BDO, ani nie świadczył transportu odpadów i oddawania ich do instalacji, co zostało potwierdzone przez Marszałka Województwa Śląskiego. Okoliczność czy Zamawiający na etapie realizacji zamówienia wskazanego w wykazie usług przez wykonawcę K O D E X weryfikował uprawnienia podwykonawców czy też nie, nie konwaliduje braku uprawnień do wykonywania przedmiotowych czynności przez wykonawcę KODEX. Z tego też względu zdaniem Odwołującego wykonawca KODEX nie nabył doświadczenia polegającego na sprzątaniu terenów zewnętrznych lub sprzątaniu przystanków lub opróżnianiu koszy ulicznych, ponieważ z jednej strony nie posiadał wymaganych ustawą o odpadach uprawnień do podejmowania takich czynności, z drugiej zaś strony udostępnienie pracowników nie może być zaliczone jako zdobycie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, którego zakres jest znacznie szerszy niż działanie wykonawcy KODEX.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania wykonawca N. wskazał z kolei, że w przedmiotowym postępowaniu w rozdziale 10 SWZ Zamawiający przewidział m. in. fakultatywne przesłanki wykluczenia wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. W ramach art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP ustawodawca przesądził, że podanie (zatajenie) informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd godzi w rzetelność wykonawcy, czego efektem powinno być wykluczenie takiego wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenia temu podmiotowi zamówienia i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP. Udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, zatem niezbędne jest wyeliminowanie wykonawców, którzy w toku postępowania przetargowego przedstawiają informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a w związku z tym mogące stanowić podstawę podjęcia przez niego niewłaściwej czynności. Wykonawca, 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, nie może skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie Odwołującego w realiach tej sprawy wykonawca KODEX bezsprzecznie wiedział, iż do wykonywania czynności wskazanych w wykazie usług (Załącznik nr 8 do SWZ) niezbędne było i jest wpisanie podmiotu do BDO. Wpis do tej Bazy jest obowiązkowy dla wszystkich podmiotów świadczących usługi związane z gospodarką odpadami. Przedsiębiorcy, którzy posiadają odpady, muszą prowadzić ich ewidencję elektronicznie w BDO, na swoim indywidualnym koncie. Odwołujący stwierdził, że wykazał już, że wykonawca KODEX w trakcie realizacji usługi wskazanej w wykazie usług nie był wpisany do BDO i nie prowadził w tej Bazie ewidencji. Jeśli natomiast chodzi o informacje przekazane Zamawiającemu przez firmę REMONDIS Gliwice to według Odwołującego są one wymijającym odpowiedziami na pytania. Z informacji tych wynika, że wszystkie czynności wymagane przepisami prawa w zakresie gospodarowania odpadami były realizowane przez firmę REMONDIS Gliwice, natomiast wykonawca KODEX udostępnił pracowników do prowadzenia pojazdów należących do firmy REMONDIS Gliwice, co nie wypełnia zakresu prac i odpowiedzialności wymaganego przepisami prawa. Zdaniem Odwołującego bez znaczenia pozostaje fakt, że zgodnie z przekazaną przez firmę REMONDIS Gliwice informacją wykonawca KODEX w taki sposób był zaangażowany w 80 % prac. W związku z tym Odwołujący uznał, że wykonawca KODEX w sposób zamierzony wpisał w wykazie usług informacje, które nie odpowiadają rzeczywistości. Informacje te miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ usługa ta była jedynym wpisanym do wykazu zadaniem potwierdzającym spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czyli w sposób bezpośredni wpłynęła na podjętą przez Zamawiającego decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzutu nr 3 odwołania wykonawca N. wskazał, że zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP zamówienia

udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy PZP, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. W przypadku stwierdzenia wystąpienia wynikających z ustawy PZP przesłanek przepisy statuuja bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia w takiej sytuacji stosownych działań, które powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, którego dotyczą. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 ustawy PZP, należy uznać za wadliwy. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować się, podczas procesu badania i oceny ofert nie tylko przepisami Prawa zamówień publicznych, ale również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Zgodnie z tą zasadą zamówienia udziela się wykonawcy, który wypełniając warunki udziału w postępowaniu daje Zamawiającemu rękojmię należytego i rzetelnego wykonania zamówienia. Udzielając zamówienia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający sam naraża się na problemy w trakcie realizacji zamówienia. Naruszenie wynikającej z art. 17 ust. 2 ustawy PZP zasady legalizmu powoduje automatyczne naruszenie zasad opisanych w art. 16 ustawy PZP, czyli zasady przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Udzielenie zamówienia publicznego na podstawie nieprawdziwych informacji uniemożliwia pozostałym wykonawcom konkurowanie na równych warunkach o udzielenie zamówienia, a także powoduje nierówne traktowanie wykonawców. Pozostali wykonawcy związani wymogami SWZ wskazali bowiem tylko takie usługi, które możliwe były do wykonania przez nich na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów doprowadziło w konsekwencji do wadliwego, niezgodnego z prawem wyboru oferty złożonej przez wykonawcę KODEX jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę KODEX.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 kwietnia 2024 r. i stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w merytorycznej części jego zgłoszenia przystąpienia z dnia 5 kwietnia 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z następujących dokumentów złożonych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego:

- pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego z dnia 13 lutego 2024 r.,
- pisma Odwołującego z dnia 14 lutego 2024 r. w sprawie oświadczenia JEDZ firmy K.R.,
- karty korespondencji SOD nr UM.261299.2024 z dnia 1 marca 2024 r. z prośbą o udzielenie informacji w sprawie wystawionych referencji dla firmy K.R.,
- karty korespondencji SOD.281443.2024 z dnia 5 marca 2024 r. odpowiedź na prośbę o udzielenie informacji w sprawie

wystawionych referencji dla firmy K.R.,

- SWZ dla postępowania nr ZA.271.76.2021 na usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków położonych na terenie miasta Gliwice w okresie od dnia 1 czerwca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r.,
- oświadczenia jako załącznik 14 do SWZ dla postępowania nr ZA.271.76.2021 na usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków położonych na terenie miasta Gliwice w okresie od dnia 1 czerwca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r.,
- oświadczenia jako załącznik 15 do SWZ dla postępowania nr ZA.271.76.2021 na usługi polegające na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków położonych na terenie miasta Gliwice w okresie od dnia 1 czerwca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r.,
- projektu umowy z prowadzonego przez Zamawiającego postępowania nr ZA.271.76.2021,
- dwóch kart przekazania odpadów,
- umowy podwykonawczej wykonawcy KODEX z firmą REMONDIS Gliwice.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem 3 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice w latach 2024-2025, przy podziale miasta na rejony: część I – rejon nr 1, część II – rejon nr 2, część III – rejon nr 3 i część IV – rejon nr 4. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert maksymalnie na 2 części zamówienia (2 rejony).

W rozdziale 9 ust. 4 SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub nadal wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na sprzątaniu terenów zewnętrznych lub sprzątaniu przystanków lub opróżnianiu koszy ulicznych o wartości nie mniejszej niż 100 tys. zł brutto. W przypadku usługi, która nadal jest wykonywana wartość prac zrealizowanych do upływu terminu składania ofert musi wynosić co najmniej 100 tys. zł brutto. Warunek dotyczący zdolności zawodowej będzie oceniany łącznie dla podmiotów występujących wspólnie.

W rozdziale 10 SWZ Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 8 i 10 SWZ.

W ramach części IV zamówienia (rejon nr 4) oferty złożyło czterech wykonawców:

- 1) wykonawca KODEX, któremu Zamawiający przyznał 100 pkt,
- 2) wykonawca INFERNO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzezince, któremu Zamawiający przyznał 94,99 pkt,
- 3) Odwołujący, któremu Zamawiający przyznał 83,46 pkt,
- 4) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu, któremu Zamawiający przyznał 45,22 pkt.

Najkorzystniejszą cenowo ofertę na część IV zamówienia złożył wykonawca KODEX. Do oferty tego wykonawcy zostało dołączone oświadczenie na formularzu JEDZ, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia.

W dniu 13 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę KODEX w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca KODEX w dniu 26 lutego 2024 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i złożył m. in. Wykaz usług (Załącznik nr 8 do SWZ), w którym oświadczył, że w okresie od dnia 1 lipca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r. wykonał na rzecz firmy REMONDIS Gliwice usługę polegającą na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice. Usługa dotycząca rejonu nr 1 została wykonana za kwotę 207 123 zł 84 gr, zaś ta dotycząca rejonu nr 2 za kwotę 190 762 zł 66 gr.

W międzyczasie w dniu 13 lutego 2024 r. Odwołujący uzyskał informację na temat wykonawcy KODEX od

Marszałka Województwa Śląskiego. W świetle uzyskanej od Marszałka Województwa Śląskiego informacji wykonawca KODEX „nie prowadzi ewidencji odpadów za pośrednictwem indywidualnego konta podmiotu w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarowaniu odpadami (dalej: BDO). Wobec powyższego tutejszy organ nie ma możliwości udostępnienia Kart przekazania odpadów oraz Kart Przekazania Odpadów Komunalnych wystawionych w okresie od 01.01.2021 r. do 01.02.2024 r. Jednocześnie informuję, że ww. podmiot został zarejestrowany we wpisie BDO w dniu 16.03.2023 r.”.

W dniu 14 lutego 2024 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo sygnalizacyjne o możliwości niespełniania przez wykonawcę KODEX warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Do swojego pisma wykonawca N. załączył pismo pozyskane od Marszałka Województwa Śląskiego.

Następnie w dniu 1 marca 2024 r. Zamawiający skierował pismo do firmy REMONDIS Gliwice, w którym zwrócił się o udzielenie informacji, wskazując, że w prowadzonym przez Wydział Zamówień Publicznych Urzędu Miejskiego w Gliwicach postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opróżnianie koszy i sprzątanie przystanków na terenie miasta Gliwice 2024-2025” jedną z ofert złożył wykonawca K.R.. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca ten przedstawił wykaz usług wraz z referencjami wystawionymi przez firmę REMONDIS Gliwice w dniu 28 września 2023 r. W złożonych dokumentach wykonawca KODEX wskazał, że w okresie od dnia 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. wykonywał na rzecz firmy REMONDIS Gliwice na podstawie zawartej umowy podwykonawstwa usługę polegającą na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice w obrębie rejonu nr 1 rejonu nr 2. W związku z tym Zamawiający zażądał następujących informacji:

- 1) Czy wykonawca K.R. wykonując wskazaną usługę na rzecz firmy REMONDIS Gliwice prowadził działalność w zakresie transportowania odpadów?
- 2) Wykonawca K.R. posiada wpis do BDO w zakresie transportu odpadów dopiero od dnia 16 marca 2023 r., a w przedstawionych referencjach wskazano, że realizował usługę od dnia 1 lipca 2022 r. Zamawiający zażądał zatem wskazania, w jaki sposób (w terminie wykonywania usługi) odpady były przekazywane na instalacje (na kogo były wystawiane karty przekazania odpadów)?
- 3) Jaki był dokładnie zakres prac realizowanych przez podwykonawcę K.R. w zadaniu polegającym na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice w rejonach nr 1 i 2?

W udzielonej w dniu 5 marca 2024 r. odpowiedzi firma REMONDIS Gliwice wyjaśniła Zamawiającemu, że:

- 1) Wykonawca K.R. realizował usługę opróżniania koszy i sprzątania części przystanków na terenie miasta Gliwice w rejonie nr 1 oraz rejonie nr 2, w tym transportu zebranych odpadów do Instalacji w okresie wskazanym w wystawionych referencjach (tj. od dnia 1 lipca 2022 r. do dnia 31 maja 2023 r.) pojazdami będącymi własnością firmy REMONDIS Gliwice,
- 2) Z uwagi na fakt, iż firma REMONDIS Gliwice była wykonawcą przedmiotowej umowy a firma K.R. jako podwykonawcę wykonywała część usługi opróżniania koszy i sprzątania przystanków to karty przekazania odpadów w systemie BDO wystawiane były na firmę REMONDIS Gliwice,
- 3) Jak już wskazano firma K.R. uczestniczyła jako podwykonawca w realizacji części (ok 80 %) usługi opróżniania koszy i sprzątania przystanków na terenie Miasta Gliwice w obrębie rejonu nr 1 oraz rejonu nr 2, w tym transportu zebranych odpadów do Instalacji pojazdami będącymi własnością REMONDIS Gliwice.

Następnie pismem z dnia 21 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach części IV zamówienia, za którą uznał ofertę wykonawcy KODEX.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę N. i uznała, iż nie zasługuje ono na uwzględnienie.

We wniesionym odwołaniu wykonawca N. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 16 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, który stwierdza, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny,
- art. 17 ust. 2 ustawy PZP, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zgodnie z którym 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,

- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, w świetle którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, według którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 239 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1), a najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KODEX w zakresie części IV zamówienia z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu to Zamawiający w rozdziale 9 ust. 4 SWZ przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zdolności zawodowej dotyczący posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu lub wykonywaniu należycie, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi, która polegała na sprzątaniu terenów zewnętrznych lub sprzątaniu przystanków lub opróżnianiu koszy ulicznych o wartości nie mniej niż kwota 100 tys. zł brutto. Wykonawca KODEX w złożonym wykazie usług powołał się na realizację dwóch usług na rzecz firmy REMONDIS Gliwice. Obydwie te usługi polegały na opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków na terenie miasta Gliwice. Wartość pierwszej z usług wynosiła ok. 207 tys. zł a jej wykonywanie zostało zakończone w dniu 1 lipca 2022 r., natomiast wartość drugiej z usług wynosiła ok. 190 tys. zł i jej realizacja została zakończona w dniu 31 maja 2023 r. Jednocześnie wykonawca KODEX w toku postępowania przetargowego przedstawił Zamawiającemu referencje wystawione przed firmę REMONDIS Gliwice w dniu 28 września 2023 r., które potwierdzały należyte wykonanie usługi. Natomiast w toku postępowania odwoławczego przed Izbą przedłożył dodatkowo zawartą z tą firmą umowę podwykonawczą z dnia 31 maja 2022 r.

W paragrafach 2 i 3 tejże umowy wykonawca KODEX zobowiązał się do opróżniania koszy i sprzątania przystanków autobusowych, za pomocą środków transportu dostarczonych mu przez zleceniodawcę i przy wykorzystaniu własnych pracowników. Równocześnie z treści tej umowy wynika, że zleceniodawca przyjął na siebie obowiązki wytwórcy odpadów i zobowiązał się do prowadzenia ewidencji odbieranych odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również z odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu przez firmę REMONDIS Gliwice w dniu 5 marca 2024 r., nie można wysnuć wniosków, do których doszedł Odwołujący, a mianowicie, że wykonawca KODEX nie wykonywał usługi, która polegała na opróżnianiu koszy ulicznych i sprzątania przystanków, a w konsekwencji, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 9 ust. 4 SWZ. Odwołujący w sposób wybiórczy interpretuje dokumentację i na tej podstawie wyciąga nieadekwatne wnioski. W ocenie Izby zgromadzona w tej sprawie dokumentacja potwierdza, że wykonawca KODEX posiada odpowiednie doświadczenie w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji postępowania, tj. w zakresie opróżniania koszy na śmieci i sprzątania przystanków. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność dotycząca posiadania wpisu do bazy BDO nie była objęta warunkiem udziału w postępowaniu ujętym w rozdziale 9 ust. 4 SWZ, więc nawet jeśli by przyjąć tak, jak chciałby tego Odwołujący, że nie zostały dopełnione wymogi rejestracyjne po stronie wykonawcy KODEX w zakresie wpisu do bazy BDO, to okoliczność ta jest irrelevantna z punktu widzenia spełnienia warunku.

Niezależnie od powyższego należy też stwierdzić, że zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach posiadacz odpadów jest obowiązany do prowadzenia na bieżąco ich ilościowej i jakościowej ewidencji zgodnie z katalogiem odpadów określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść umowy podwykonawstwa zawartej w dniu 31 maja 2022 r. pomiędzy firmą REMONDIS Gliwice a wykonawcą KODEX, w której w paragrafie 3 i 4 wykonawca KODEX zobowiązał się do wykonania szeregu czynności na rzecz zleceniodawcy, wykonawcę KODEX nie można uznać za posiadacza odpadów w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, lecz za dzierżyciela. Art. 338 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny

stwierdza, że kto rzeczą faktycznie włada za kogo innego jest dzierżycielem. Dzierżenie jest instytucją prawa rzeczowego odmienną od posiadania samoistnego lub posiadania zależnego (czyli np. zastawu, najmu, użytkowania). Dzierżenie różni się od posiadania elementem woli dysponenta rzeczy, albowiem o ile posiadacz samoistny lub zależny włada rzeczą w swoim imieniu, to dzierżyciel czyni to w cudzym imieniu. Ma ono charakter zastępczego władania nad rzeczą. Zgodnie z zawartą umową zleceniobiorca zobowiązał się m. in. do opróżniania koszy na przystanku, zamykania przystanku i usuwania odpadów komunalnych. Jednocześnie ma on pozostawać w ciągłej gotowości do świadczenia usługi, w tym powinien liczyć się z możliwością zlecenia mu jednej pracy interwencyjnej. Zdaniem Izby sam charakter umowy podwykonawczej, jak również wymienione powyżej czynności składające się na usługę realizowaną przez wykonawcę KODEX w imieniu i na rzecz firmy REMONDIS Gliwice, uwzględniając postanowienie paragrafu 2 ust. 1 umowy podwykonawstwa stwierdzającego, iż to właśnie firma REMONDIS Gliwice jest wytwórcą odpadów zobowiązanym do prowadzenia ewidencji zgodnie z przepisami prawa, świadczą o tym, że wykonawcę KODEX można uznać co najwyżej za dzierżyciela zebranych odpadów. Nie ma zatem podstaw do wywodzenia, że przedsiębiorca ten wykonując czynności na rzecz i w imieniu firmy REMONDIS Gliwice w zakresie opróżniania koszy na śmieci oraz zamykania przystanków autobusowych był posiadaczem zebranych odpadów komunalnych i że miał on obowiązek posiadania wpisu do bazy BDO.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia pierwszego z zarzutów odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

Także pozostałe dwa zarzuty odwołania nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

W zarzucie nr 2 odwołania wykonawca N. zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy KODEX z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu podania Zamawiającemu w wykazie usług informacji wprowadzających w błąd co do posiadanego doświadczenia w zakresie, którego dotyczył warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale 9 pkt 4 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KODEX. Zamawiający przewidział w rozdziale 10 SWZ fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 SWZ, w związku z czym możliwe jest dokonanie oceny podstaw wykluczenia wykonawcy KODEX z postępowania pod kątem sytuacji opisanych w tych punktach. Jednakże, aby można było mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, to informacje przedstawione przez wykonawcę w złożonej ofercie i załączonych do niej dokumentach powinny być obiektywnie nieprawdziwe. Natomiast doświadczenie w opróżnianiu koszy i sprzątaniu przystanków, którym wykazał się wykonawca KODEX realizując zlecenie na rzecz i w imieniu firmy REMONDIS Gliwice zostało należycie udokumentowane i odpowiadało w całości postawionemu w rozdziale 9 ust. 4 SWZ warunkowi udziału w postępowaniu.

Z kolei w zarzucie nr 3 odwołania wykonawca N. zarzucił Zamawiającemu dokonanie bezpodstawnego wyboru oferty złożonej przez wykonawcę KODEX jako oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 4 zamówienia, przy naruszeniu zasady przejrzystości postępowania, zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także z naruszeniem zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca KODEX wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej określony w rozdziale 9 ust. 4 SWZ, a złożonych przez niego w toku postępowania oświadczeń nie można uznać za wprowadzające w błąd, nie ma podstaw do stwierdzenia, że wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla części nr 4 zamówienia odbył się z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, jak również że miałoby dojść do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, które zostały określone w art. 16 ustawy PZP.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarówno zarzut nr 2 odwołania, jak i zarzut nr 3 odwołania również nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Krajowa Izba Odwoławcza zasądziła od wykonawcy N. na rzecz Zamawiającego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, które obejmowały wynagrodzenia pełnomocnika oraz udokumentowane koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę w łącznej wysokości 3 739 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....